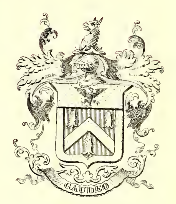





GAUDEO
John Carter Brown
Library
Brown University



Victor Medina

INSTITUCIONES

DE DERECHO REAL

DE CASTILLA Y DE INDIAS.

POR EL DR. D. JOSÉ MARIA ALVAREZ CATEDRATICO DE INSTITUCIONES DE JUSTINIANO EN LA REAL Y PONTIFICIA UNIVERSIDAD DE GUATEMALA.

TOMO III.

GUATEMALA.
En la Imprenta de D. Ignacio Beteta.
1819.

Vir bonus et prudens. ... .
.. ... parum claris lucem dare coget:
Arguet ambiguè dictum: mutanda notabit.

Horat. De Art. Poet.

INDICE

DE LOS TITULOS QUE SE CONTIENEN EN ESTE TOMO.

LIBRO III.

DE LAS INSTITUCIONES

DE DERECHO REAL DE CASTILLA

Y DE INDIAS.

TITULO I. AL XIII.

DE LA SUCESION AB INTESTATO.

Habiendo tratado ya en los titulos antecedentes del modo de suceder por voluntad expresa del difunto declarada en el testamento: se sigue ahora tratar del orden con que se sucede por voluntad tacita ó presunta, quando alguno muere intestado. (1)

Intestado se dice aquel *que ó no hizo testamento ò no lo hizo arreglado á derecho, desuerte que no pro-*

---

(1) Prolog. del tit. 13. P. 6.

duxo efecto. (1) Veamos, pues quienes son los que deben suceder al que muere de esta manera. Es constante por derecho natural que el fin é intencion de los que adquieren bienes, no es el dejarlos abandonados despues de su muerte, y que sean del primero que los ocupe; (2) sino que desean que aprovechen, y hagan felices á todos aquellos en cuya felicidad se complacen. (*)

Fundados en este principio los legisladores han puesto por fundamento de la sucesion ab intestato al *amor*; desuerte que en

(1) L. 1. tit. 13. P. 6. (2) Hein. lib. 1. de Iur. N. cap. 11. num. 295.

(*) En los padres para con sus hijos, y en estos para con sus padres, no solo tiene lugar preferente esta presuncion, sino que tambien tienen mutua obligacion de dejarse sus bienes los unos à los otros, desuerte que por esto se llaman herederos forzosos.

este supuesto deben ser proxîmos á la sucesion aquellos que presume el derecho fueron mas amados del difunto. Los filosofos antiguos observaron, (1) que el amor baja primeramente: sino tiene donde bajar sube; y si ni aun por haí tiene lugar, se extiende ácia los lados. En confirmacion de esto nos enseña la experiencia, que los hijos son los mas amados para cada uno: que despues de los hijos se siguen los padres; y despues de estos los parientes colaterales. Bien es verdad que el amor de los padres ácia sus hijos excede tanto al de estos para con sus padres, que es proloquio comun y muy verdadero, que *es mas facil que un padre sustente á veinte hijos, que no veinte hijos á un padre.*

(1) Aristot. Ethic. lib. 8. cap. 12.

Sobre este principio se han establecido tres ordenes en la sucesion ab intestato. En el primer orden entran los descendientes: no habiendo estos, se admiten en el segundo los ascendientes; y faltando aun estos, siguen en el tercero los colaterales. (1) En defecto de todos tiene ultimo lugar el fisco.

§. I.

DE LA SUCESION DE LOS DESCENDIENTES.

Hemos dicho que en primer lugar son llamados à la herencia los descendientes del difunto si los tiene. Por descendientes entendemos aqui todos aquellos que son hijos ó vienen de nosotros, ya sea esta filiacion por la naturaleza, ó por las

(1) L. 2. tit. 13. P. 6.

leyes civiles. Tratarémos pues, con distincion 1. De la sucesion de los hijos legitimos: 2. de los legitimados: 3. de los adoptivos; y 4. de los ilegitimos.

De los hijos legitimos es regla general, que *todos suceden indistintamente à sus padres.* (1) No hay pues, diferencia entre los grados, pues tanto los que son del primero, como los de segundo y tercero &c. serán herederos; y así el nieto y bisnieto son llamados á la herencia con tal que no tengan padre que esté mas proxîmo que ellos. Tampoco hay diferencia en el sexô, y asì las mugeres tambien son herederas de sus padres ab intestato. (2) Finalmente no se conoce ya dife-

(1) L. 3. del mism. tit. (2) L. 3. ya citada.

rencia entre hijos emancipados ó no, ni entre sucesion paterna ni materna. (1)

Aunque como va dicho todos los descendientes que no tienen padre vivo que les preceda suceden ab intestato, con todo no reciben todos igual porcion de la herencia, y así se deben distinguir tres casos. 1. *Si solo hay hijos del primer grado, todos suceden por cabezas,* (en latin *in capita*) esto es, se hacen tantas partes de la herencia, quantos son los hijos que heredan: v. g. si un padre ò madre que tiene quatro hijos deja quarenta mil pesos, cada uno de los hijos percibirá diez mil, porque todos son de primer grado, y así suceden por cabezas. 2. *Si solo hay hijos de los demas*

(1) Ll. 3. tit. 7. y 3. tit. 13. P. 6.

grados, como nietos ó bisnietos todos suceden por linage (en latin *in stirpem*) esto es vienen todos los hijos de cada padre á llevar la parte que le tocaría á él, y la dividen entre sí; desuerte que de la herencia no se hacen tantas partes como son las cabezas, sino tantas como son los linages ó familias. Esto se hará mas claro continuando el exemplo ya puesto. Supongamos que los quatro hijos, que habian de heredar de su padre diez mil pesos, murieron antes dejando cada uno dos hijos; entonces estos, muerto el abuelo, entrarán representando à su respectivo padre, y percibirá cada familia diez mil pesos, que divididos entre los dos hijos de que se compone, les tocará à cinco mil á cada uno.

3. *Si concurren hijos del primero y de los demas grados, entonces los que sean del primer grado suceden por cabezas, y los del segundo ó tercero, por linages*, del modo que hemos explicado ya. (1)

De esta suerte es la sucesion quando todos los hijos son nacidos de un solo matrimonio; pero si hay diversos, cada hijo sucede á su ascendiente solo, y del comun parten entre sí igualmente la herencia.

Esto es por lo que hace á los hijos legitimos; siguense los legitimados. La legitimacion hoy se hace solamente, ó por subsiguiente, matrimonio ó por rescripto del principe. Si se ha hecho del primer modo es regla general, que *los legitima-*

---

(1) L. 3. tit. 13. P. 6.

dos por subsiguiente matrimonio suceden del mismo modo que los legitimos. (1) Si la legitimacion es del segundo modo, esto es por rescripto del Principe, se debe distinguir, si es para el fin de suceder ó no; en este segundo caso no hay duda, que nada recibirán de la herencia paterna: mas en el primero se admiten si son solos; pero si hay otros hijos legitimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio, no pueden entrar con ellos á la herencia de sus padres, madres y demas ascendientes. (2)

Siguese hablar de los hijos adoptivos: la adopcion como ya se ha

---

(2) Cap. 6. *Qui filii sint legit.* y l. 1. tit. 13. P. 4. l. 10. tit. 8. lib. 5. de la Rec. de Cast. (2) Vease la citada l. 10. tit. 8. lib. 5. de la Rec.

dicho (1) puede hacerse, ó en un hombre libre del poder de su padre y con autoridad Real, ó en uno que es hijo de familia y con autoridad del juez. (2) Quando se hace del primer modo se llama *adrogacion*, y quando del segundo *adopcion propia*. Esto supuesto, el hijo adrogado segun nuestro derecho, heredará del adrogante la quarta parte de sus bienes, y el adoptivo sucederá à su padre adoptante en todos, (3) siempre que ni uno ni otro tengan hijos legitimos, pues si los tuvieren en nada les sucederàn. (4)

Resta hablar finalmente de los hijos ilegitimos: estos, segun hemos dicho en otra parte, se dividen en

(1) Lib. 1. tit. 11. (2) L. 7. tit. 7. P. 4. (3) L. 8. 9. y 10. tit. 16. P. 4. (4) L. 5. tit. 6. lib. 3. y 1. 5. tit. 22. lib. 4. del Fuero Real.

naturales y espurios. Los primeros, quando su padre natural no tiene hijos legitimos, heredarán las dos duodecimas partes de sus bienes (*) que dividirán con su madre: y no siendo estas suficientes para mantenerse, tienen tales hijos accion à lo necesario para sus alimentos: (1) pero los espurios ninguna cosa heredarán de su padre ab intestato, tenga ó no descendientes legitimos. Por lo que hace à la madre sino los tiene, serán sus herederos los naturales ò espurios que tenga, sino es que sean de dañado y punible ayuntamiento, ó havidos de clerigo de orden sagrado ó de frayle ó por

(*) Segun la l. 8. tit 8. lib. 5. Rec. de Cast. los hijos ilegitimos heredarán el quinto, que es lo que los padres pueden darles en vida ó dejarles por muerte por razon de alimentos. Febr. reform. Part. 1. cap. 5. §. 1. num. 70.

(1) L. 8. tit. 13. p. 6.

monja profesa, en cuyos casos son excluidos de toda sucesion (1) La razon de esta diferencia, que hace el derecho entre el padre y la madre, es porque esta siempre es cierta y conocida, lo qual no sucede en el padre.

§. II.

DE LA SUCESION DE LOS ASCENDIENTES.

Hemos dicho arriba, que no habiendo hijos no tiene el amor como bajar, y así sube: de donde se infiere, que la sucesion ordinariamente es reciproca, por lo qual aquellos padres à quienes suceden sus hijos, pueden suceder á sus hijos. Mas como el derecho de representacion no tiene lugar entre los ascendientes, es ne-

(1) L. 7. tit. 8. lib. 5. de la Rec.

cesario observar varias reglas.

I. *En la sucesion ab intestato los ascendientes mas cercanos excluyen á los mas remotos, y siendo de una misma linea, dividen entre sí la herencia por cabezas, y si de distintas la dividen por lineas,* (1) y asi v. g. muriendo intestado uno que tenga abuelos y bisabuelos paternos, los primeros solamente serán herederos, y nada percibirán los segundos; y si concurrieren dos abuelos por una linea, y dos por la otra, partirán igualmente la herencia todos quatro, llevando los de la una la mitad, y otra mitad los de la otra, que dividirán entre sí. Pero si concurren solamente uno por una linea, y dos por la otra no la divi-

(1) L. 4. tit. 13. P. 6. y 1. tit. 8. lib. 5. de la Rec. que es la 6. de Toro.

dirán por terceras partes, sino que el uno heredará la mitad, y los dos la otra mitad (1) (*)

II. *Quando suceden los ascendientes, aunque halla tambien colaterales no concurren con ellos. v.*

---

(1) L. 4. tit 13. P. 6.

(*) Se advierte que éste modo de suceder no es ni *in capita* ni *in stirpes*, sino por lineas, y es el que tiene lugar entre los ascendientes habiendolos de ambas lineas, desuerte que aunque haya muchos por una linea, y por la otra uno solo, la herencia se partirá por mitad. Esta division debe ser, sin hacer distincion de bienes, desuerte que los paternos toquen à los ascendientes de parte de padre, y los maternos à los de parte de madre, pues toda la herencia se debe partir indistintamente la mitad para cada linea. Vease la ley 4. tit. 13. P. 6. Sino es que en alguna parte haya costumbre de que cada ascendiente lleve lo que por su linea disfrutaba el ascendiente intestado como lo dispone la l. 1. al fin tit. 8. lib. 5. de la Rec. de Cast.

g. muerto un hermano que tiene padres, hermanos y sobrinos, solo heredarán sus padres. (1) Y la razon es porque la linea recta es de naturaleza mas privilegiada que la transversal, y muy distinta en el grado.

III. *Si los padres ó ascendientes del difunto no fueren legitimos sucederá del mismo modo que hemos dicho suceden los hijos naturales y espurios à sus padres, madres y demas ascendientes.* (2) Pero de esta regla se exceptúan los adoptivos, pues de estos no son herederos ab intestato sus padres adoptantes, sino sus parientes mas cercanos. (3)

---

(1) L. 4. tit. 8. lib. 5. de la Rec y es 7. de Toro que deroga á la l. 4. tit. 13. P. 6. que disponia lo contrario. (2) L. 8. al fin tit. 13. P. 6. (3) L. 5. tit. 22. lib. 4. del Fuero Real.

§. III.

DE LA SUCESION DE LOS COLATERALES Ó TRANSVERSALES.

No habiendo descendientes ni ascendientes se siguen como ya hemos dicho los colaterales, en cuya sucesion se observan las reglas siguientes.

I. *Los hermanos enteros, sean varones ó mugeres y sus hijos, excluyen à todos los demas colaterales, y suceden los hermanos in capita, y los hijos de estos in stirpes.* (1)

II. *Si solo hay hijos de hermanos enteros, que son sobrinos de difunto, heredarán todos por cabezas, y repartirán con igualdad entre*

(1) L. 5. tit. 8. lib. 5. de la Rec. y la 5. tit. 13. P. 6.

sí la herencia de su tio. (1) La razon es, porque todos los sobrinos están en igual grado, y aunque entran por representacion à heredar à su tio muerto, esto es quando está vivo algun hermano de este, que tambien concurre à heredar, y les sirve de forma y causa para que tenga lugar la representacion, pues de otra suerte serían excluidos por ser parientes mas remotos, y así solo en este caso le tiene y en el se extingue: mas quando son solos sobrinos, falta el motivo y fomento para la representacion, por lo qual entran por su propio derecho á heredar como parientes mas cercanos que están en igual grado.

III. *Habiendo solamente medios*

---

(1) L. 5 tit. 13. P. 6. y 13. tit. 6 lib. 3. del Fuero Real.

hermanos del difunto por una linea, estos llevarán toda la herencia; pero si los hubiere por ambas, los que fueren hermanos por la linea paterna heredarán los bienes paternos, y los que fueren de parte de madre, heredaràn los maternos; (1) *y unos y otros partirán igualmente lo que el difunto adquirió por su industria, arte ù oficio ó de otro qualquier modo.* (2)

Lo que hemos dicho de la sucesion de los parientes transversales, se debe entender quando el parentesco es legitimo, pues si fuere, ó el difunto ó el pariente natural, se observarán estas reglas.

I. *Si el que muere sin descendientes ni ascendientes fuere na-*

---

(1) Ll. 5. y 6. tit. 13. P. 6. (2) L. 6. tit. 13. P. 6.

tural, serán sus herederos los hermanos que tenga hijos de la misma madre, y los hijos de estos, sin que tengan derecho alguno los hermanos que huviese de parte de padre solamente. (1) La razon es, porque los hermanos que le tocan por parte de madre son ciertos, y los de parte del padre son dudosos.

II *Si el hijo natural que muriese intestado solo tuviese hermanos por parte del padre, le seràn herederos como parientes mas cercanos; pero si entre estos hubiere alguno legitimo, este solo serà preferente á todos.* (2)

III. *Si un legitimo muere no*

---

(1) L. 12. del mismo tit. (2) En sentir de algunos preferirá aun à los hermanos por parte de madre. Vean la l. 12. tit. 13. P. 6.

dejando parientes algunos legitimos, sino solo naturales, le heredarán los que sean parientes por parte de madre, y los de parte de padre serán excluidos. (1)

La sucesion por linea transversal que hemos explicado ya, no pasa el dia de hoy del quarto grado; (2) (*) y asi los bienes del que no dejare parientes hasta dicho grado, recaen en el fisco, (3) sin que tenga lugar ya la succesion de la muger al marido, ni de este á su muger, pues

---

(1) Dha. l. 12 .al fin. (2) Ll. 3. tit. 9. y 9. tit. 10. lib. 1. de la Rec. de Cast. de las que se hace argumento para creer derogada la l. 6. tit. 13. P. 6. que extendia la sucesion transversal hasta el decimo grado.

(*) Es dudoso si este quarto grado se deberá contar por derecho canonico ó civil.

(3) Real inst. de 27. de nov. de 1785. y de 27 de agosto de 1786.

no se hace mencion de ellos. (1) Cesa desde luego el dia de hoy la disposicion de la ley de Partida que extendia esta sucesion hasta el decimo grado, y despues de él llamaba al marido à la herencia de la muger, y esta à la del marido (*)

(1) L. 12. tit. 8. lib. 5. Rec. de Cast. y la Real instr. ya cit.

(*) No será fuera del caso para complemento de esta materia decir aqui algo de la quarta marital. Esta no es otra cosa que la quarta parte de los bienes paternos que los hijos deben heredar, la qual puede tomar para sí la muger viuda, si quedare tan pobre que no tenga como subsistir, siendo su marido difunto rico; pero dicha quarta parte no debe exceder del valor de cien libras de oro, como dispone la l. 7. tit. 13. P. 6. Y aunque la ley solamente habla de las madres pobres, algunos autores quieren que se deba extender tambien à los padres en su caso. Vease à Febrero librerìa de escribanos cap. 1. §. 21. num. 239. El diá de hoy en vista de la l. 1. tit. 8.

Por lo que hace à los peregrinos que mueren sin testamento está dispuesto, que el juez del lugar en donde fallecieren, inventaríe sus bienes y los deposite, haciendo los gastos precisos para su entierro y funerales, y hecho dé cuenta à la Real Audiencia del distrito para que disponga del residuo entre sus consanguineos, y á falta de ellos en obras pias, pues aunque no los tengan no recaen en el fisco. (1)

Finalmente, aunque por derecho

---

lib. 5. de la Recopilacion, que es la 6.ª de Toro, hay bastante motivo para dudar, que pudiese tener lugar tal quarta parte. Fuera de que, sin ella y con los gananciales que le toquen, podria la madre proporcionarse la congrua sustentacion, y con mucha mas razon el padre, que deberia administrar los bienes de sus hijos.

(1) L. 31. tit. 1. P. 6. y 5. tit. 12. lib. 1. de la Rec. de Cast.

novisimo à los religiosos de ordenes que pueden poseer bienes les está permitido ser herederos por testamento; (1) se les prohibe expresamente suceder ab intestato à sus padres ó parientes, por ser opuesto á su absoluta incapacidad personal y repugnante à su solemne profesion en que renuncian al mundo, y todos sus derechos temporales. (2)

Los bienes de los que mueren intestados, se deben entregar, segun lo dicho, à aquellos que tienen derecho à sucederles, del modo, y con el orden explicado, pero se deducirá de ellos, en solas las sucesiones transversales de bienes libres sin distincion de grados, el dos por ciento para la Real Hazienda;

(1) RR. ced. de 29. de Noviemb. de 1796. y de 29. de Abril de 1804. (2) Pragm. de 6. de Julio de 1792.

(1) pues se hallan expresamente exceptuadas las sucesiones entre ascendientes, y descendientes. (2)

Los parientes que suceden ab intestato no por eso estan desobligados de invertir algunos bienes en favor de la alma del difunto. Mas para que se sepa quanto debe ser, dirémos brevemente algo sobre esta materia, haciendo distincion de casos y de herederos. Estos ó son legitimos y forzosos, ó transversales; y el difunto, ó murió absolutamente intestado, ó bajo poder para testar, pero el comisario no verificó el testamento. Si los herederos son ascendientes ó descendientes, y el pariente falleció absolutamente intestado, están obligados á hacerle las

(1) Real cedula de 11. de junio de 1801. art. 5. del Reglam. inserto. (2) Art. 1. de dho. reglam.

excequias funerales, y demas sufragios que se acostumbren en el pais con arreglo á su caudal, calidad y circunstancias; pero no à distribuir todo el quinto por su alma, sin que para esto haya de hacer el juez inventario de los bienes. (1) Si falleció bajo de poder para testar, y el comisario no realizó el testamento en el tiempo prefinido por la ley ó por el mismo testador, tampoco tendrán obligacion à invertir todo el quinto, y cumplirán con solo lo dicho. (2) Lo mismo se debe decir de los transversales, herederos del que murió absolutamente intestado. Pero si el difunto dió poder para testar, y el comisario ó por no poder, ó por no querer no hizo el

(1) L. 16. tit. 4. lib. 5. Rec. de C.
(1) Arg. de la l. 10. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

testamento, en este caso solamente, estarán obligados à la distribucion del quinto integro dentro del año, segun ordena una ley de Recopilacion (1) que dice así. »Quando el co-
» misario no hizo testamento, ni dis-
» puso de los bienes del testador, por
» que pasó el tiempo, ó porque no
» quiso, ó porque murió sin facerlo;
» los tales bienes vengan derechamen-
» te á los parientes del que le dió el
» poder, que huviesen de heredar sus
» bienes ab intestato, los quales en
» caso que no sean fijos ni descen-
» dientes ó ascendientes legitimos, se-
» an obligados à disponer de la quinta
» parte de los tales bienes por su
» anima del testador, lo qual si den-
» tro del año contado desde la mu-
» erte del testador no lo cumplieren,

(2) L. 10. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

» mandamos que nuestras justicias les
» compelan à ello, ante las quales lo
» puedan demandar, y sea parte, para
» ello qualquier del pueblo" La razon de esta disposicion es, porque en este caso se presume que el testador por el hecho de dar poder para testar al comisario, quiso que su alma fuese preferida á sus parientes en el quinto, y no se amplía à otros casos porque solo habla del que ultimamente he explicado.

Para el buen cobro, y administracion de los bienes de los que mueren ab intestato sin dejar notoriamente ascendientes, descendientes ó colaterales, dentro del grado que por derecho deben heredar; ó extestamento dejando herederos ó legatarios en España ó fuera del distrito de cada Audiencia, se estableció en

America un Juzgado general llamado *de bienes de difuntos.* De su ereccion y facultades, se trata largamente en el tit. 32. lib. 2. Rec. de Indias, y para el arreglo de conocer y proceder en las causas correspondientes al del Reyno de Guatemala, se formó una instruccion conforme à las leyes, reales cedulas y ordenes que tratan sobre el particular, por el Señor D. Francisco Robledo Oidor Decano de esta Real Audiencia, la que se aprobó por la misma, y mandó observar interinamente en 26 de Septiembre de 1799.

TITULO XIV.

DE LAS OBLIGACIONES.

Todo lo que se ha explicado desde el principio del libro 2.° hasta aqui,

pertenece à las especies de *derecho en la cosa.* Hemos visto los modos de adquirir el dominio: que cosa sean las servidumbres; y como se adquiera por herencia, ya en virtud de testamento, ya ab intestato. Ahora pues parece que debía tratarse del derecho de prenda, que es la ultima especie de derecho en la cosa; pero habiendo de seguir el orden de las instituciones de Justiniano, pasarémos á tratar del *derecho á la cosa,* el qual como siempre nace de obligacion, verèmos primeramente: que cosa sea obligacion y quantas sus especies.

Por obligacion entendemos: *una necesidad moral, que nos impone el derecho, de dar ô de hacer alguna cosa.* (1) De esta definicion, que

(1) Arg. de la l. 5. tit. 12. P. 5.

es bastante clara, se deduce el siguiente axîoma. *La obligacion no pasa de la persona que la contrahe:* desuerte que en virtud de ella, nunca se tiene accion contra un tercero, sino solamente contra aquel que se nos obligó, y en esto consiste una de las principales diferencias entre el derecho *en la cosa, y á la cosa* que dimos en el tit. 1. del lib. 2.

De la definicion pasemos à sus divisiones. La primera de ellas es, que las obligaciones son, ó puramente naturales ó puramente civiles ó mistas. (1) Como el fundamento de toda obligacion es la ley, si la obligacion nace del derecho natural, pero no la auxîlia ó asiste el derecho civil, la obligacion se llama *puramente natural* v. g. la obligacion que

---

(2) L. 5. tit. 12. P. 5.

nace el dia de hoy de los esponsales contrahidos sin escritura publica. (1) Si el derecho civil ha impuesto la obligacion, pero el derecho natural no la auxîlia, se llama *puramente civil*: v. g. la que nace del contrato literal. Finalmente si ambos derechos, natural y civil asisten à la obligacion, será mista: v. g. el comprador está obligado por derecho civil y natural à pagar el precio prometido; y así se puede decir *mista* esta obligacion. (2) Hablando en rigor, solo estas son verdaderamente obligaciones, porque producen todo su efecto: las civiles puramente, por lo regular no producen alguno pues se resinden por la restitucion *in integrum*: las natu-

---

(1) Real decreto de 28. de Abril de 1803. art. (2) L. 5. tit. 12. P. 5.

rales finalmente, solo producen excepcion, y no accion.

Otra division de las obligaciones es, que unas nacen inmediatamente de la equidad natural, y otras mediante algun hecho que produce la obligacion. Nacen inmediatamente de la equidad, siempre que se exîge alguna cosa en virtud de alguno de estos dos principios: I.° *Todo hombre está obligado à hacer en favor de otro una cosa, que ningun daño le trae à él, y aprovecha al otro.* II. *Todo hombre està obligado à hacer lo que la recta razon dicta que debe.* Por exemplo: en virtud del primer principio está obligado el poseedor de una cosa, á mostrarla al que se lo pide para investigar, si es la suya que el ha perdido: en virtud del segundo el pa-

dre está obligado á alimentar al hijo, sin que en ninguno de entrambos casos intervenga hecho alguno, que induzca la obligacion.

Por el contrario, quando la obligacion nace de *hecho*, este será ó licito ó ilicito. El hecho licito consiste en el consentimiento y el ilicito es todo delito; y de aqui se saca otra nueva division de la obligacion, en una que nace de convencion, y otra de delito. De los delitos hablarémos en el libro 4. y asi ahora solo pertenece tratar de las convenciones.

La convencion, que en derecho es lo mismo que pacto, no es otra cosa que aquel *consentimiento por el qual dos ò mas convienen en dar ó hacer alguna cosa.* Se dice que la convencion es *consentimien-*

to, por que faltando este no hay hecho obligatorio licito: ha de ser de *dos ó de mas* por que uno solo no se puede obligar á si mismo, y en una compañia se obligan hasta ciento, y aun mas hombres: finalmente, se ha de convenir en *dar ó hacer algo*, y en esta afirmacion tambien se incluie negacion, y asi hay convenciones de no dar ó de no hacer, que se llaman *pactos remisorios*.

La convencion se divide en contrato y pacto: el contrato es *una convencion, que tiene nombre y causa*, y el pacto que ni tiene nombre ni causa. Para entender estas definiciones es necesario saber, que es nombre, y que es causa. *Por nombre* entendemos: un vocablo que significa el contrato de que se habla

y del qual toma nombre la accion que produce. *Por causa* se entiende una cosa presente de la qual segun derecho nace obligacion. A si v. g. la venta, tiene nombre, y de allí nace la accion de compra y venta, y causa que es el consentimiento: por el contrario una promesa de donar alguna cosa ni tiene nombre por que no hay accion de este nombre en derecho, ni hay cosa alguna presente, sino que solo se promete para lo por venir. (*)

(*) Se advierte que ya por nuestro derecho en virtud de la ley 2. tit. 16. lib. 5. de la Rec. de Cast. no se conoce distincion entre pacto nudo y vestido como la habia entre los romanos; y asi entre nosotros todo pacto que sea conforme á derecho produce obligacion siempre que conste la voluntad de obligarse, sin que se pueda alegar que no hubo solemnidad, pues en virtud de dicha ley no se necesita alguna.

Los contratos unos son *verdaderos* ó rigurosamente tales, y otros se llaman *quasi contratos.* Todo contrato por ser convencion, requiere precisamente consentimiento, y este puede ser ó verdadero y expreso, ó ficto, que tambien se llama presunto: del verdadero y expreso nacen los contratos verdaderos, y del ficto ó presunto los quasi contratos. Mas para que no se piense que las leyes sin razon alguna fingen que uno consintió, hay tres reglas de equidad natural de las quales se deduce el dicho consentimiento.

I. *Ninguno se presume que sin razon alguna quiera enriquecerse con daño de otro.*

II. *El que quiere lo que antecede, no debe reusar lo que se sigue.*

III. *Qualquiera se presume, que ha de aprobar lo que redunda en utilidad suya.*

Los verdaderos contratos unos son nominados y otros innominados. Los nominados tienen nombre y causa, y así producen accion del mismo nombre. Mas los innominados solo tienen causa, pero no nombre, y así no producen accion especial. Tales son estos quatro que comunmente se asignan: *te doy porque me hagas. te doy por que me des, te hago porque me des, y te hago porque me hagas.* Es verdad que pudiera decirse que aun los contratos nominados pueden incluirse bajo estas quatro formas, pues la compra y venta v. g. no es otra cosa que *te doy porque me des*; pero realmente no es asi, pues en los contratos nominados interviene moneda

precisamente, y en los innominados, ó no interviene, sino otra cosa, ó si se quiere que intervenga no es como precio ò merced, sino como honorario, que no es necesario que esté definido por pacto.

Hemos dicho ya que todos los contratos deben tener causa: esto es, alguna cosa presente de la qual segun las leyes nace obligacion. Estas causas no son mas que la tradicion de la cosa, las letras y el consentimiento, pues ya no hay necesidad de palabras solemnes en alguno. Los contratos que se perfeccionan por la tradicion se llaman reales, como el mutuo, conmodato, prenda y deposito. Los que por solo el consentimiento, *consensuales*, como la compra venta, locacion conducion, enfitensis, sociedad y mandato; y el

que se perfecciona por letras solemnes, se llama *literal.*

Resta la ultima division de los contratos por la qual, unos son unilaterales, y otros bilaterales; pero es de advertir que no tienen este nombre por las personas que contraen, pues en este sentido todos los contratos son bilaterales, sino de las personas que se obligan. Si una y otra queda obligada, el contrato es bilateral; si una solamente unilateral: en la compra y venta v. g. uno y otro contrayente se obliga, y en el mutuo uno solo. Los unilaterales se llaman tambien de derecho rigoroso (en latin *stricti juris*) y los bilaterales de buena fé; pero por esto no se quiere decir que la buena fe no sea necesaria en los contratos de rigoroso derecho, sino

que en estos, nada mas se puede pedir, que lo que expresamente se prometió: por el contrario en los llamados de buena fé, se debe todo aquello que dicta la equidad, aun quando no se haya pactado expresamente, v. g. del mutuo no se piden usuras, sino es que se prometan, por que es contrato de rigoroso derecho: mas en la compra y venta por sola la tardanza en verificar el pago está el comprador obligado á las usuras, por ser este contrato de buena fé.

De lo dicho se deduce muy facilmente porque razon ciertos contratos producen dos acciones y otros una. Como en los bilaterales ambos contrayentes están obligados, necesariamente debe haber dos acciones por medio de las quales uno,

y otro sea compelido á cumplir lo que debe. Por el contrario, como en el mutuo v. g. á nada está obligado el acreedor, sino solo el deudor, de aqui es, que solamente se da una accion. Las dos acciones que nacen de los bilaterales, ó son ambas directas ó la una es directa, y la otra se llama contraria. Son ambas directas, siempre que la obligacion de los dos contrayentes nace desde el principio del contrato: y es la una directa y la otra contraria siempre que el uno de los contrayentes queda obligado desde el principio, y el otro despues: v. g. en la compra y venta, uno y otro contrayente desde el principio se obliga en virtud del mismo contrato, y así nacen las dos acciones llamadas *de compra y venta*, que

ambas son directas. Mas en el mandato, solamente el mandatario queda obligado desde el principio, y en virtud del contrato; pero el mandante no esta obligado, sino hasta despues en el caso de que el mandatario hiciese algunos gastos por él ó recibiese daño por causa de la execucion del mandato; y así la accion contra el mandatario es directa y la que se dá contra el que mandó, contraria. En materia de acciones contrarias, sirva de regla general que: *toda accion contraria se dà para indemnizarse.*

Resta decir alguna cosa sobre la obligacion de resarcir el daño en los contratos. Daño llamamos: *todo aquello que disminuye nuestro patrimonio.* Esto puede suceder, ó por *dolo* ó por *culpa* ó por *caso fortuito.*

Dolo se dice que hay, siempre que se verifica proposito ó intencion en el que daña. (1) Culpa, quando se falta por negligencia ó descuido. (2) Finalmente, caso fortuito se llama quando el daño viene de la providencia divina que así lo dispone, y á la que no se puede resistir. (3) Acerca del dolo solo hay una regla que observar: esta es, *el dolo siempre se presta en todo contrato*: lo qual es tan cierto, que aun quando hubiesen pactado entre sí los contrayentes que no se prestase, no valdria este pacto, porque convidaría á pagar. Aun hay ciertos contratos en los quales no solo se presta el dolo, sino que tambien se hace infame el que lo comete, tales son la

(1) L. 1. tit. 16. y 11. tit. 33. P. 7. (2) L. 11. tit. 33. P. 7. (3) Dha. l. 11.

tutela, el deposito, la sociedad y el mandato. (1) Y la razon que tienen para esto las leyes es, porque estos contratos solo se hacen entre amigos, quando los demas se celebran con qualquiera, y no hay cosa mas exêcrable que un amigo sea burlado y engañado por su mismo amigo.

Acerca del caso fortuito se dá tambien una regla solamente: esta es la siguiente.

Al caso fortuito, hablando en general, ninguno está obligado. (2) La razon es, porque á ninguno se puede imputar lo que no puede impedir, sino que depende de la providencia divina que gobierna todas las cosas. Con todo puede suceder que alguno

(1) L. 5. tit. 6. P. 7. (2) Arg. de la l. 3. tit. 2. P. 5. y l. 11. tit. 33. P. 7.

preste el caso fortuito: esto serà 1.° si voluntariamente se quisiere obligar á él: 2.° si fuere moroso en entregar, ó en restituir la cosa: y 3.° si por su culpa dió ocasion al caso fortuito. (1)

La culpa segun los juristas se divide en *lata*, *leve* y *levisima*. El fundamento de esta division es la diversidad que hay de padres de familia; entre estos hay algunos sumamente cuidadosos, que parece tienen mil ojos para cuidar de todo, y que de noche no pueden tomar el sueño sin haber escudriñado todos los rincones de su casa. Ahora pues, el que no imita esta diligencia verdaderamente exâctisima, se dice que comete *culpa levisima*. (2) Hay otros padres de familia descuidados y pere-

(1) Dha. l 3. (2) L. 11. tit. 33 P. 7.

zosos, que ni saben adelantar ni aun conservar la hazienda recibida: los que son tan negligentes ó mas que ellos, se dice que cometen culpa lata. (1) Finalmente hay otros exâctos y medianamente cuidadosos, y el que no imita la diligencia de estos, es reo de culpa leve. (2)

Estas son las descripciones, las quales entendidas, facilmente se entenderán las reglas que se han de observar en prestar las culpas. Es de advertir, que hay contratos que solo ceden en utilidad del que dà, otros solo del que recibe, y otros que ceden en utilidad de ambos contrayentes.

Regla I. *Quando toda la utilidad es para el que dá y ninguna para el que recibe, aquel presta has-*

---

(1) Dha. l. 11. (2) La misma l. 11.

ta la culpa levisima, y este solamente la lata v. g. en el deposito, el que depone se obliga hasta la culpa levisima, por que èl unicamente percibe la utilidad de este contrato; y el depositario solamente la culpa lata, por que el trabajo todo es para èl.

II. *En los contratos que ceden en utilidad de ambos contrayentes cada uno esta obligado à la culpa leve:* v. g. la compra venta, locacion conduccion, compañia y prenda.

III. *Quando toda la utilidad es para el que recibe, este contrayente presta hasta la levisima:* v. g. en el conmodato.

IV. *El que de su voluntad se ofrece á un contrato en que se requiere una diligencia muy grande, queda obligado hasta la culpa levisima, como en la administracion*

de negocios agenos.

V. *El que ofrece à otro su cosa, no puede exîgir sino la culpa lata:* por exemplo, en el precario.

Hemos hablado ya de las obligaciones en general: siguese ahora tratar en particular de los contratos nominados; y como estos segun se ha dicho arriba, se dividen en reales, literales y consensuales, el titulo siguiente habla de los reales.

TITULO XV.

DE QUE MODOS SE CONTRAHE OBLIGACION POR TRADICION DE LA COSA, Ó DE LOS CONTRATOS REALES.

Aunque todas las obligaciones producidas por los contratos innominados, y aun por los delitos nacen de cosa: llamamos ahora *contratos reales* á aquellos, que ni tienen su per-

feccion esencial ni aun producen obligacion, sino es que se siga la tradicion de la cosa. Tales son entre los nominados, estos quatro: *mutuo*, *comodato*, *deposito y prenda*. Dixe, *entre los nominados*, porque los innominados todos esperan la tradicion de la cosa para producir obligacion, y así no sería contrato si uno dixese: *te daré porque me des, te haré por que me des ó hagas*, sino es que sea actualmente, *te doy porque me des ò hagas &c.* y así se ve claramente que es necesario que todos los contratos innominados sean reales.

El primer contrato que se perfecciona por la tradicion de la cosa es el *mutuo*, y se llama así, *un contrato por el qual una cosa fungible, ó de las que consisten en número, peso y medida se dá á otro para que use*

de ella como dueño, con obligacion de volver otro tanto en el mismo genero. (1) Se dice que este contrato se versa en cosas fungibles, porque sino fueren de las que se consumen por el uso no será mutuo, sino comodato. Se dice que *usa de la cosa como dueño el que la recibe*, y esta es otra distincion entre el mutuo y comodato, pues en este se dá solo el uso, y no el dominio. Finalmente se añade, que el deudor debe restituir *otro tanto en el mismo genero*, y en esto se distingue el mutuo de todos los demas contratos reales, conviene à saber, del comodato, deposito y prenda en los quales se debe restituir lo mismo en especie.

Con lo dicho se entenderán fa-

(1) L. 1. tit. 1. P. 5.

cilmente dos axîomas acerca de esta materia. I. *No se dá mutuo si no se verifica tradicion de moneda, ò de otra cosa de las que se llaman fungibles.* (1) II. *El mutuo es especie de enagenacion, y el dominio de la cosa fungible pasa al deudor.* (2)

De estos dos axîomas se deducen todos los derechos que hay acerca del mutuo: y así de ellos se infiere 1. Que puede dar à mutuo todo aquel que puede enagenar y así de ninguna suerte lo puede hacer el pupilo ni el menor, (3) (*) y sí

(1) L. 1. tit. 1. P. 5. (2) Ll. 2. y 10. tit. 1. P. 5. (3) Ll. 17. tit. 16 P. 6. y 4. tit. 11. P. 5.

(*) Acerca de las personas à quien se puede hacer el prestamo, se advierte que á las Iglesias, Reyes, concejos, comunidades y menores, aunque se les puede dar à mutuo, no se podrá demandar lo dado, sino se prueba que se convirtió en su utilidad. (4) Y así

(4) L. 3. tit. 1. P. 5.

solo aquel que tiene facultad de contraer. 2. Que por ser este contrato unilateral solo queda obligado el deudor á volver la cosa que recibió en el mismo genero que se le dió (1)

---

para que el que dá à mutuo quede asegurado, debe probarse la utilidad antes de hacerse el contrato, y obtener licencia del respectivo juez à quien corresponda darla, con cuya diligencia será bien hecho. (2)

De ninguna manera se puede dar à mutuo á ningun hijo de familia, sea mayor ò menor de veinte y cinco años estando bajo la patria potestad, y si lo recibe no está obligado à su restitucion ni se le puede demandar judicial, ni extrajudicialmente, ni à sus fiadores ni padre, y el contrato que sobre ello se hiciere es nulo, sino es en seis casos. 1.° Quando el hijo es soldado. 2.° Quando obtiene empleo publico del Rey ó concejo. 3.° Quando niega que es hijo de familia y el acreedor tiene justa causa para creerlo. 4.° Quando lo pres-

(1) L. 2. tit. 1. P. 5.

(2) Febr. lib. de escrib. cap. 4. §. 2. num. 11.

Resta hablar de la accion que nace del mutuo. Como este contrato es de los nominados, la accion que produce es del mismo nombre, y se

---

tado se convirtió en utilidad de su padre, ó este le mandó recibir el prestamo, ó estando presente lo consiente, pues entonces ambos quedan obligados. 5.º Quando está reputado comunmente por libre de la patria potestad, ó es menestral ó comerciante y como tal acostumbra contratar publicamente, ó su padre lo tiene puesto en este exercicio, y con su orden contrata. 6.º Quando el hijo está acostumbrado à recibir prestado y su padre à pagarlo, pues se presume su consentimiento. (1)

Si el factor de algun mercader ó cambiante toma algo prestado con su mandato ò sin él, y lo emplea en el comercio de su amo, debe pagarlo este; pero si no le dió orden para tomarlo, ni lo convirtió en beneficio de su amo, no está obligado este, sino el factor à su solucion. (2)

(1) Ll. 4. y 6. tit. 1. P. 5. Vease la ley 22. tit. 11. lib. 5. de la Rec. de C.
(2) L. 7. tit. 1. P. 5.

llama *accion de mutuo.* Se dá esta al acreedor contra el deudor á efecto de recibir la cosa prestada en el mismo genero, la que se le debe restituir al plazo estipulado, y sino se prefine plazo diez dias despues de prestada à voluntad de su dueño. (1)

A mas de esto el que recibe alguna cosa á mutuo, si no la vuelve al plazo estipulado debe pagar la pena que se haya impuesto al tiempo del contrato; pero sino se impuso pena alguna, pagará los daños y perjuicios que haya recibido el mutuante así en la demora, como en la demanda, à lo qual está obligado así el que recibió el mutuo como sus herederos. (2)

El segundo contrato que se per-

---

(1) L. 2. al mismo tit. (2) L. 10. tit. 1. Part. 5.

fecciona por la entrega de la cosa es el comodato por el qual entendemos: *un contrato real por el qual una cosa no fungible se dá graciosamente para cierto uso, con obligacion de que concluido este, se vuelva la misma cosa en especie.* (1) Se diferencia del mutuo, parte en que aquí se dá una cosa *no fungible*, y en el mutuo fungible, y parte que aqui se transfiere solamente el uso, y alli tambien el dominio. Del precario se distingue en que en el comodato se dá la cosa para cierto uso, y en el precario para incierto é indefinido, y así siempre es revocable.

Entendida esta definicion facilmente se entienden los siguientes axîomas. I. *El comodatario recibe*

---

(1) L. 1. tit. 2. P. 5.

la cosa agena para hacer un cierto y definido uso; de otra suerte sería precario. (1) II. *En este contrato no es igual la utilidad de los contrayentes sino que toda es para el comodatario, y ninguna para el comodante*; de otra suerte sería locacion conduccion. (2)

Del primer axîoma nacen dos conclusiones. 1. Que la cosa comodada no se puede pedir antes de acabarse de hacer el uso de ella. (3) Pero esto se debe entender de rigor de derecho, pues la equidad persuade que si el comodante necesita de su cosa, debe ser preferido al comodatario. 2. Que el que usa de la cosa por mas tiempo ó de otro

---

(1) Dha. l. 1. (2) La mism. l. 1. del tit. 2. al fin. (3) Arg. de la l. 9. del mism. tit.

modo del que consintió el comodante, comete hurto de uso, porque se sirve de ella contra la voluntad de su dueño. (1)

Del segundo axîoma se infiere 1. Que este contrato no admite paga, porque en el instante degenerará en locacion conduccion (2) siendo hecha en dinero y si en otra cosa, en contrato *do ut des*. 2. Que el comodatario ordinariamente está obligado à la culpa levisima, (3) pues lo comun es que solo ceda en utilidad del que recibe; pero si cediese en utilidad de ambos, ó de solo el que dá, como puede acontecer, se prestará la leve ó lata conforme à las re-

---

(1) L. 3. del mism. tit. 2. P. 5. y l. 3. tit. 14. P. 7. (2) L. 1. tit. 2. P. 5. (3) L. 2. del mism. tit.

glas ya dadas. (1) 3. Que el caso fortuito no daña al comodatario sino al comodante. (2) La razon es, porque la cosa perece para su dueño; á que se agrega que el comodatario es deudor de cierta especie, el qual queda libre siempre que esta perece. Se exceptúan de estas reglas varios casos en los quales es de cargo del comodatario el caso fortuito. 1. Quando este sucede por su culpa. (3) 2. Quando no vuelve la cosa en el dia ó tiempo señalado, pues desde el instante en que es moroso queda obligado à pagarla de qualquier modo que peresca. (4) 3. Quando el comoda-

(1) Dha. l. al medio en donde pone exemplos de estos dos casos. (2) La mism. l. 3. (3) Vease la l. 3. que pone exemplos con que se ilustra esta excepcion. (4) L. 3. al fin.

tario se quiso obligar al peligro. (1)

Las acciones que nacen de este contrato son dos, y como es de los nominados, se llaman *de comodato.* Como el comodatario se obliga desde el principio, y el comodante hasta despues; se sigue, que al comodante compete la accion directa y al comodatario la contraria: aquella para que se restituya la cosa y se preste la culpa, y esta como todas las demas acciones contrarias, para indemnizarse.

El tercer contrato real se llama *deposito*, y es *un contrato por el qual una cosa mueble se dá à guardar à otro gratuitamente para que la restituya en especie quando la pida el deponente.* (2) Es digno de notarse

(1) La mism. l. (2) L. 1. tit. 3. P. 5. y la 2. en el princ.

que en la definicion se habla de cosa mueble, porque aunque las raices puedan estar de alguna manera en deposito, pero propiamente solo las muebles son su materia. (1) En este contrato ni el dominio ni el uso se transfiere, sino solamente la guarda, y así si se concede al depositario que use de la cosa que se le dá siendo fungible, y que vuelva otro tanto en el mismo genero, el deposito degenerará en mutuo.

El deposito se divide en simple, miserable y seqüestro. El primero se verifica quando alguno voluntariamente y sin necesidad deposita la cosa. El segundo quando lo hace por necesidad urgente à fin de salvarla de algun incendio, naufragio &c. y el tercero quando por ra-

---

(1) L. 2. en el princ. tit. 3. P. 5.

zon de pleito se deposita la cosa por el poseedor. (1)

Acerca del deposito simple se establecen los siguientes axîomas. I. *El deposîto es un contrato gratuito, de otra suerte degenerará en locacion, ó en contrato do ut des.* (2) II. *Por el deposito solo se transfiere la custodia de la cosa, de otra suerte se convertirá en mutuo ó comodato.* (3) III. *La utilidad en este contrato es solo para el deponente, porque de su naturaleza es gratuito.* (4)

Del primer axîoma se deduce lo 1. Que este contrato sin mudar su esencia no admite paga. (5) 2. Que como este contrato solo se hace

(1) L. 1. tit. 3. P. 5. (2) L. 2. tit. 3. P. 5. (3) Dha. l. 2. al fin. (4) Arg. de dha. l. 2. (5) Dha. l. 2.

entre amigos, el dolo del depositario se castiga con infamia, (1) y sino ¿quien sin ser oprimido de una urgente necesidad, encomendaría sus cosas à otro que á un amigo en cuya fidelidad tiene mucha confianza? Es pues, una cosa muy detestable que un amigo sea engañado por otro.

Del segundo axîoma en que se asienta que solo se transfiere la guarda, se deduce 1. Que el depositario cometerá hurto si usa de la cosa depositada contra la voluntad de su dueño. Pero 2. puede el deposito volverse mutuo ó comodato, expresa ó tacitamente. Expresamente, si se pacta que el depositario pueda usar de la cosa, y tacitamente si una cosa fungible se entrega sin guarda, ni

(1) L. 8. dho. tit. 3. P. 5.

cerradura alguna, (1) pues entonces se infiere con razon, que el deponente se contentará con recibir otro tanto en el mismo genero.

Finalmente del tercer axîoma inferimos 1. Que el depositario solamente está obligado à la culpa lata, hablando en general. (2) Dixe, hablando en general; porque hay varios casos en que se obliga á mas. 1. Si se pactó lo contrario 2. Quando el depositario se ofrece y ruega para que le den la cosa en guarda, y 3. Quando recibe precio por guardarla; pues en tales casos debe prestar la culpa leve. (3) 2. Que mucho menos se entenderá obligado al caso fortuito, sino es que se pacte así, ó que el depositario sea moroso

(1) L. 2. de este tit. ya cit. (2) L. 3. (3) L. 3. al fin.

en la entrega, ó que venga el caso fortuito por dolo ó culpa lata del depositario, ó si se hiciese el deposito por utilidad solamente del que lo recibe. (1)

Hemos dicho ya, que deposito miserable se llama aquel que se hace por motivo de incendio, ruina, naufragio ó de otra urgente necesidad. Ahora pues como es una cosa otro tanto mas detestable que lo comun el añadir afliccion al afligido, al que en semejante deposito comete dolo lo condenan las leyes en el duplo de la cosa perdida. (2)

El depósito judicial ó sequestro se distingue de los otros, en que se hace por lo regular invíto el dueño, y que solo tiene lugar en las cosas litigiosas. (3) Tampoco lo

(1) L. 4. tit. 3. P. 5. (2) L. 8. del mism. tit. (3) L. 5. en el med

debe entregar el depositario hasta que se haya dado la sentencia y finalizado el pleito. (1)

Resta explicar la accion que nace de este contrato: esta tiene el mismo nombre, y se llama *accion de deposito*, directa ó contraria. La directa compete al deponente para que se le devuelva la cosa depositada: la contraria se da al depositario para indemnizarse; y del mismo modo se procede en el seqüestro. Lo singular que tiene la accion de deposito, es que no se puede oponer excepcion, ni con titulo de retencion ó compensacion, expensas ni otro alguno, sino que se debe volver la cosa luego que se pida al depositario, usando este despues de su

(1) L. 5. tit. 3. P. 5.

derecho. (1) Con todo la ley de Part. asigna quatro casos en los quales puede retenerse el deposito. 1. Quando la cosa depositada es espada, cuchillo ú otra arma, y su dueño ha perdido el juicio. 2. Quando al dueño se le confiscan los bienes. 3. Quando un ladron da en guarda lo que hurtó, y su dueño dice al depositario que no lo entregue hasta que judicialmente se le mande, y 4. Quando se le entregase en deposito al mismo dueño lo que se le habia hurtado, pues probando ser suyo, lo puede retener como señor que es. (2)

Resta explicar el ultimo contrato real, y es el que se llama *prenda*, y tambien *hipoteca*, (*) cuya

---

(1) L. 5. tit. 3. Part. 5. (2) L. 6. del mism. tit.

(*) La palabra *prenda* puede tener varias significaciones: unas veces entende-

diferencia y naturaleza explicarémos primeramente. Para la seguridad de las obligaciones que contrahen los hombres entre sí, se inventó un contrato por el qual el que quiere asegurar los intereses de otro, obliga à su responsabilidad, ó todos ó una parte de sus bienes. Estos, segun ya hemos explicado en otra parte, (1) ó son raices ó muebles y semovientes, ó incorporales, como derechos y acciones. Quando estos bienes se

mos por ella la misma cosa dada en prenda: otras veces el contrato por el qual se constituye la prenda; y otras finalmente el *derecho en la cosa* dada en prenda ó hipotecada, que corresponde al acreedor despues de la tradicion y aun sin ella, en la hipoteca. Si la prenda se considera de este ultimo modo, nacen de alli acciones reales. Si como contrato, nace accion personal, y así vamos à tratar de ella.

(1) Tit. 2. lib. 2. de estas instit.

entregan al acreedor para su seguridad, se llama *prenda*; y quando solo se gravan al cumplimiento de alguna obligacion, se llama *hipoteca*: y aunque ambas convienen en que quedan ligados y sugetos los bienes à la obligacion constituida, se diferencian en que la prenda se entrega al acreedor, y la hipoteca permanece en poder del deudor. Tratarémos primeramente de la prenda, y luego de la hipoteca.

La prenda es, *un contrato real por el qual la cosa se entrega por el deudor à su acreedor para seguridad de la deuda con la condicion de que pagada esta, se le restituya su misma cosa en especie.* (1)

Esta definicion se aclarará con los axîomas siguientes I. *Se pueden*

(1) L. 1. tit. 13. P. 5.

dar en prenda todas aquellas cosas que prestan seguridad: producen este efecto todas las que tienen precio. (1) De donde se infiere claramente que las cosas sagradas, y demas que están fuera del comercio no pueden ser dadas en prendas. (2) II. *En este contrato solo se transfiere la posesion natural, ó la nuda detencion de la cosa*. (3) III. *Ambos contrayentes son utilizados en este contrato: el acreedor porque asegura su deuda, y el deudor porque halla quien le dé lo que ha menester.* (4)

Del primer axîoma se infiere: que todas las cosas así corporales como incorporales pueden ser dadas

(1) L. 2. tit. 13. Part. 5. (2) Ll. 3. tit. 13. P. 5. y 10. tit. 2. lib. 1. Rec. de Cast. (3) Arg. de la l. 20. tit. 13. P. 5. ℣. E para esto ser bien guardado. (4) Dha. l. 20.

en prendas, con tal que estén en el comercio, (1) y que el que las dá tenga derecho de enagenarlas; (2) ó si la cosa es agena la dé en prendas con consentimiento expreso ó tacito de su dueño, ó que á lo menos haya ratihabicion. (3)

Del segundo se infiere: que el acreedor no puede usar de la prenda, sino es con consentimiento del deudor, (4) ó si interviene pacto de que el acreedor use de la prenda en lugar de las usuras, à que llaman *antichresis*. Pero este pacto trae bastante molestia al acreedor, porque queda obligado à dar cuentas de los frutos y utilidades percibidas, y à restituir todo lo que exceda de las usuras legitimas; de otra suerte no

(1) L. 2. tit. 13. P. 5. (2) L. 7. del mism. tit. (3) L. 9. (4) L. 20.

será licito, por usurario. Del mismo axîoma sale la distincion entre la prenda y la hipoteca, que ya hemos insinuado.

Finalmente del tercer axioma sale una conclusion solamente, esta es: que ambos contrayentes estàn mutuamente obligados à la culpa leve; (1) y así si la cosa se perdiere ó empeorare por culpa levisima del depositario ó por caso fortuito, no estará obligado à resarcir el daño.

Las acciones que nacen de este contrato son dos: una se llama *pignoraticia* directa, y la otra contraria. La primera se dá al deudor, pero hasta que ha pagado la deuda: (2) la segunda se dá al acreedor, restituida la prenda. Con la directa se

(1) L. 20. tit. 5. P. 5. (2) L. 21. tit. 13. Part. 5.

pide la prenda y todos los daños causados á ella por dolo, culpa lata, ó leve del acreedor; y con la contraria se indemniza el acreedor de todos los gastos ó menoscabos que haya tenido en la conservacion y guarda de la prenda. (1)

APENDICE

DE LA HIPOTECA.

La hipoteca segun hemos dicho: es un pacto por el qual el deudor obliga sus bienes al acreedor para seguridad y cumplimiento de algun contrato. Se divide primeramente en universal ó general, y en particular ó especial. La primera es aquella en que no solo se incluyen los bienes que el deudor tiene al tiempo que celebra el contrato, sino tam-

(1) La misma l. 21.

bien los que adquiere despues; pero por la obligacion á que quedan afectos no se impide su enagenacion. La segunda es aquella por la qual alguno ó algunos bienes se ligan expresa y determinadamente, y siempre estàn sugetos à la responsabilidad del debito y obligacion contrahida, aunque pasen à tercero poseedor, hasta que se extingue. (1)

La hipoteca, ya sea general ó especial, se divide tambien en otras quatro maneras. La primera es convencional expresa, y se llama asi por que se hace por palabras y convenio del deudor, que á instancias del acreedor, pero voluntariamente, obliga sus bienes à la satisfaccion de la deuda y cumplimiento del contrato. La segunda es la legal ó tacita,

---

(1) L. 1. y 5. tit. 13. P. 5.

y se verifica quando aunque el deudor no obligue sus bienes expresamente, quedan tacitamente hipotecados por ministerio y disposicion de la ley, de lo qual darémos despues los principales casos. La tercera se llama pretoria, y es quando el juez por contumacia del reo entrega sus bienes á su acreedor para que se reintegre de su debito, como se hace en el asentamiento. (*) La quarta es la judicial, y se da quando por deuda se hace execucion en los bienes del deudor. (1)

(*) Asentamiento se llama la posesion ó tenencia que dá el juez al demandador de algunas bienes del demandado por la rebeldía de este para comparecer, ó para responder à la demanda. Vease el tit. 8. de la Part. 3. y el tit. 11. lib. 4. de la Rec. de Cast.

(1) L. 1. y 23. tit. 13. P. 5. y 1. tit. 8. P. 3. l. 2 y 3. tit. 11. lib. 4. de la Rec. de Cast.

Entre las hipotecas que hemos explicado, se encuentra bastante diferencia. Quando la hipoteca es expresa ó tacita, desde que es constituida quedan obligados los bienes del deudor al acreedor, aunque no haya posesion ó tradicion de ellos; mas quando es pretoria ó judicial, hasta que la haya, ó se entreguen, ó haga la execucion en ellos, no quedan obligados; y así antes de esto y despues de mandados entregar por el juez, el deudor los puede obligar è hipotecar á otro; pero será preferido aquel á quien el juez los mandó entregar. (1) Se diferencian entre sí la hipoteca pretoria y la judicial, en que en la pretoria siendo uno de los acreedores metido en pose-

(1) Cur. Filip. lib. 2. Comerc. terr. cap. 3.

sion de los bienes, por esto mismo lo son los demas, y así todos tienen igual antelacion ò preferencia. Mas siendo la hipoteca judicial, el primero que es metido en posesion de los bienes ó que executa en ellos, se prefiere á los demas que no lo han hecho.

Visto ya que cosa es hipoteca y como se divide, resta explicar, que bienes se entienden hipotecados en la general, y quienes son los que la tienen tacita. En la hipoteca general y obligacion de todos los bienes, no solo se comprenden los presentes que el deudor tenía al tiempo del contrato, sino tambien los futuros, y son los que despues de él adquiriere, aunque no se exprese; (1) como tambien las deu-

(1) L. 5. tit. 13. P. 5.

das, derechos y acciones que tuviere à su favor; pero si la obligacion se hiciese expresando que se hipotecaban los bienes muebles y raices, sin hacer mencion de las deudas &c. no se comprenderían en dicha obligacion, por ser en cierto modo tercera especie de bienes, que no comprende el nombre de muebles y raices. (1) (*)

Mas no vienen en la obligacion general de los bienes, el siervo ó sierva que tuviere señaladamente el deudor para servirle y guardarle, ni la cama y vestido ordinario y otras cosas de su casa, necesarias

---

(1) Cur. Fil. cap. 3. ya citado.

(*) Empeñandose ó hipotecandose el titulo ó escritura de la cosa, se tiene esta en derecho por empeñada, ó hipotecada, aunque no se exprese. l. 14. tit. 13. P. 5.

al uso quotidiano, ni las armas ni los libros ni las prohibidas de enagenar. (1)

Los que tienen tacita hipoteca en los bienes de otros son los siguientes. El fisco real en la cosa que se vende ó que pasa de unas partes à otras, por la alcabala y derechos reales que por razon de ello le son debidos; (2) y no solo en la cosa vendida, sino tambien en todos los demas bienes del deudor, ahora sea el tributo ó derecho, real ó personal. (3) Así mismo tiene tacita hipoteca el fisco en los bienes de los que contratan con él, ó cobran y arriendan los derechos reales ò administran sus cosas, desde el

(1) L. 5. tit. 13. P. 5. (2) L. 8. tit. 18, lib. 9. Rec. de Cast. (3) L. 25. tit. 13. Part 5.

dia del contrato, ó desde el en que tomaron la administracion; pero no en los bienes de las mugeres de ellos ni en su dote. (1)

La Iglesia tiene tacita hipoteca por los diezmos en las cosas de que se deben; (2) y tambien en los bienes de su administrador por la administracion de sus cosas, desde que la empezó à usar; mas no en los bienes de los que contrahen. (3) La tienen tambien los hospitales en los bienes de sus administradores, desde que comenzaren à administrar sus rentas.

El menor de edad y sus herederos por razon de sus bienes, tiene tacita hipoteca en los de su tutor

---

(1) Ll. 23. y 25. tit. 13. P. 5. (2) L. 26. tit. 20. P. 1. (3) Cur. Fil. cap. 3. ya cit.

y curador, y sus fiadores y herederos y personas que por ellos administraren la tutela; y tiene lugar aun en los bienes dotales de la madre ó abuela tutora, y en el tutor y curador *ad litem*: mas no en los bienes del procurador ó actor, ni en los bienes del magistrado que nombró el curador. Ni en los bienes del menor tiene tacita hipoteca el curador por los alimentos y otras expensas necesarias que haga. (1)

Si la muger viuda siendo tutora ó curadora de sus hijos y de su difunto marido, se casare otra vez, desde entonces los bienes de ella, y los del con quien casare, quedan obligados tacitamente á sus hijos, por los suyos, hasta que se les dé tutor

---

(1) L. 23. tit. 13. Part. 5. l. 8. tit. 16. Part. 6.

ó curador rindiendo cuentas de la administracion; (1) y asi para evadirse de esta obligacion el segundo marido, antes de casarse haga que se les dé curador y se les dé cuenta con pago de sus bienes.

Tambien tienen tacita hipoteca el marido de la muger por la dote que le es prometida con ella, en los bienes del que la promete desde que hace la promesa, y la misma tiene la muger por su dote en los bienes del marido desde que la recibe; (2) y lo mismo es por los bienes parafernales que fuera de la dote recibe de ella. (3) Del mismo modo, tiene tacita hipoteca la muger en los bienes del marido por las arras y donacion *propter nuptias*

(1) L. 26. tit. 13. P. 5. (2) L. 23. tit. 13. P. 5. (3) L. 17. tit. 11. P. 4.

desde que se constituyen.

Si el marido ó la muger muriere, si el que de los dos queda vivo se vuelve á casar, desde entonces sus bienes quedan obligados tacitamente á los hijos del primer matrimonio por los bienes que conforme á derecho debe reservarles. (1)

El legatario por el legado ó manda que le es dejado tiene tacita hipoteca en los bienes del que recibe la herencia; y asi mismo la tiene el que dá alguna cantidad para faccion, armason ó refaccion de nave, casa ù otro edificio convirtiendose en esto, y constando de ello. (2)

Finalmente, tiene tacita hipoteca la deuda que procede de alquiler de casa ó daño hecho en ella,

---

(1) L. 26. tit. 13. P. 5. (2) La misma ley 26.

en los bienes del alquilador. (1)

TITULO XVI.

DE LAS PROMESAS Ó OBLIGACIONES DE PALABRAS.

Aunque por derecho de los romanos las obligaciones de palabras no se podian contraer de otra suerte que mediante estipulacion, la qual era un contrato verbal que debia estar acompañado de varias solemnidades: como eran, pregunta y respuesta congrua, presencia de los contrayentes y otras aun mas escrupulosas; nuestro derecho ha simplificado estos contratos estableciendo, que no haya diferencia entre pacto, promesa y estipulacion, y que derivandose semejantes obligaciones y tomando su fuerza del consentimi-

(1) L. 5. tit. 8. P. 5.

ento de las partes, quede siempre obligado à cumplir lo que prometió qualquiera que paresca que quiso obligarse, sin que pueda oponerse que no intervino estipulacion, ó que la promesa se hizo entre ausentes, ó sin autoridad de escribano. (1)

Es pues, el pacto ó promesa: *un contrato por el qual una persona promete á otra, que le ha de dar ò hacer alguna cosa, en que convienen, con intencion de obligarse.* (2) Para que el promitente quede obligado al cumplimiento de lo que ofrece, aun atendido nuestro derecho, se requiere, que prometa asertiva y no ambiguamente, y que se nombre con claridad lo que se promete dar

---

(1) L. 2. tit. 16. lib. 5. de la Rec. de Cast. que corrige y deroga la 2. tit. 11. P. 5. (2) L. 1. tit. 11. P. 5.

ó hacer, desuerte que quede perfecta la obligacion por medio de las palabras. Con estas condiciones quedará obligado eficazmente à cumplir lo pactado, pues de lo contrario será simple dicho ó mera conversacion, la que no induce obligacion por faltar la voluntad de obligarse. (*)

Segun *lo* dicho, puede hacerse la promesa estando presentes promitente y aceptante, aunque no hablen un mismo idioma, con tal que

---

(*) No obstante lo dicho, es corriente que para que uno quede obligado, no se requieren palabras formales y expresas de promesa, sino que basta que sean equivalentes, y que paresca que quiso obligarse; y así aun la ley 2. tit. 11. Part. 5. que maneja este contrato segun la escrupulosidad de los romanos, afirma: que si uno siendo preguntado, si quiere dar ó hacer alguna cosa, responde. *Por que no?* queda obligado como si dixese: *prometo.*

se entiendan; y si no están presentes, con tal que el promitente se obligue por carta firmada ó por mensagero cierto: y siempre valdrá aunque sea por deuda agena, y estará obligado à pagarla. (1)

Las promesas pueden hacerse puramente, bajo de condicion ó à dia cierto; la qual division es clara segun lo ya explicado en el titulo de los legados, y de las instituciones de herederos. (2)

Veamos ahora los axîomas que nacen de esta diversidad de promesas. I· *Quando se promete puramente, se debe y se puede pedir lo prometido luego al punto; pero si la promesa se hiciere bajo de condicion, no se podrá pedir, ni habrá obliga-*

---

(1) Ll. 1. 2. y 3. tit. 11. P. 5. y 2. tit. 16. lib. 5. Rec. de Cast. (2) L. 12. tit. 11. P. 5.

cion de pagar, hasta que se cumpla la condicion puesta. (1) La razon es clara; porque la condicion suspende el cumplimiento de lo pactado hasta cierto evento, y asi donde no hay condicion tampoco se puede suspender el efecto de la promesa. Con todo, la primera parte del axîoma se debe entender civilmente, y asi queda al arbitrio del juez señalar hasta quando podrá cumplir su promesa el que la hizo puramente, pues la razon dicta que se le debe dar algun tiempo para que busque la cosa que ha de entregar. (2)

II *La condicion imposible vicia la estipulacion.* (3) La razon ya la

(1) L. 12. ℣. la tercera manera de promision y l. 14. del mism. tit. (2) L. 13. al princ. tit. 11. P. 5. (3) Vease á Greg. Lopez en la l. 17. tit. 11. P. 5. ℣. *si no tangeres* num. 2.

hemos dado en otra parte: por que el que consiente en semejante condicion, ó esta loco ó se burla.

III. *Si la condicion imposible fuere negativa v. g. te prometo cien pesos si no tocares el cielo con la mano, la promesa se resuelve en pura, y se debe cumplir como tal.* (1) La razon es, porque semejante condicion es imaginaria, pues atendido lo que naturalmente sucede ningun hombre puede llegar al cielo con la mano, y así es lo mismo que si se huviese prometido sin condicion.

IV. *Quando se promete à dia cierto, ni se debe ni se puede pedir lo prometido hasta que llegue el dia señalado.* (2) Este dia se entiende cierto y señalado al fin de cada

(1) L. 17. tit. 11. P. 5. (2) L. 14. y 17. tit. 11. P. 5.

año, quando se promete dar ó hacer alguna cosa *cada año*: y se deberá cumplir al principio del año, quando se prometió darla ó hacerla todos los años de su vida. (1)

V. *El dia incierto del qual no se sabe si llegará, equivale à condicion.* La razon es, porque del mismo modo se suspende la cosa por este evento incierto, que si se huviera prometido bajo de condicion, y así ninguna diferencia hay si yo digo à otro: te daré cien pesos el dia que te hagan presidente, que si dixese: te daré cien pesos si te hicieren presidente.

VI. *La condicion negativa suspende el efecto de la promesa hasta la muerte.* V. g. si yo dixere á Ticio: te daré cien pesos si no contrageres

(1) L. 15. del mism. tit.

matrimonio: en este caso nada recibirá mientras viva, porque hasta su muerte no se verifica que nunca contrajo matrimonio. En los legados se procede de otra suerte en virtud de la caucion Muciana; pero esta no tiene lugar en los contratos.

VII. *En la promesa condicional se transmite la esperanza à los herederos;* (1) y así si se me ha prometido dar ó hacer alguna cosa, si tal nave viniere de Cadiz á Honduras, y muero antes que se cumpla esta condicion, mis herederos si se cumpliere, la podrán pedir. (2) Al contrario sucede en los legados, porque el legatario antes de la muerte del testador no tiene derecho adquirido que pueda transmitir à los

---

(1) L. 14. tit. 11. P. 5. (2) Dha. ley 14.

herederos, mas el estipulante lo tiene fundado en el consentimiento.

De qualquiera cosa que uno tenga suya y haya costumbre de enagenarse, ya sea mueble ó raiz, v. g. vestidos, alhajas de plata, oro ó diamantes, tierras, casas, viñas; nacida ó por nacer, v. g. frutos, partos de siervas ó de ganados, se puede hacer promesa validamente aunque sea de lo no nacido, con tal que se espere que haya de nacer, pues de lo contrario no será valida, sino es que el no nacer provenga de culpa del promitente. (1)

Para que la promesa sea valida la ha de hacer el promitente de su libre y espontanea voluntad, sin que incluya vicio de usura, ni por otra parte sea contra derecho, ó buenas

(1) L. 20. tit. 11. P. 5.

costumbres, porque si lo fuere ó interviniere dolo, fuerza, miedo grave ú obligacion de pagar el promitente mas de lo que recibe, no valdrá aunque en ella interponga pena ó juramento. (1) Mas si el promitente practíca voluntariamente lo que ofreció, no puede alegar que intervino miedo, fuerza ni engaño para hacerlo, antes bien por el mismo hecho pierde la accion que à ello tenia. (2)

Siempre que se hacen promesas ó pactos, puede ponerse por los contrayentes alguna pena para que mas ciertamente se cumplan. Esta pena puede ser, ó convencional ó judicial. Convencional se llama la que se

(1) Ll. 28. y 31. tit. 11. P. 5. 1. tit. 10. y 7. tit. 33. P. 7. y 2. tit. 16. lib. 5. de la Rec. de Cast. (2) L. 28. tit. 11. P. 5.

pone á arbitrio de las partes, y debe satisfacerse sino se cumple la promesa al tiempo que se señaló; y en caso de no haberse señalado, habiendo pasado todo aquel que se juzgue suficiente para que el promitente pudiese cumplir si quisiere: pero en estos casos queda à arbitrio del acreedór, ó exîgir la pena, ó el cumplimiento de la promesa. (1) La pena judicial es la que se impone sobre promesa hecha en juicio: v. g. quando uno fia à otro ante el juez que estará á derecho con su contrario, ó que lo hará comparecer en juicio bajo de cierta pena. (2)

Aunque la promesa no valga se debe pagar la pena impuesta se-

(1) L. 35. tit. 11. P. 5. (2) L. 35. tit. 11. P. 5.

gun derecho, (1) sino es que la nulidad de la promesa ó su defecto de valor, provenga de ser hecha contra ley ó buenas costumbres (2) ò sobre matrimonio (3) ó por ser usuraria (4) ó por ser hecha por miedo, fuerza ó engaño. (5)

TITULO XVII.

DE LA OBLIGACION CORREAL.

No solo uno, sino tambien muchos pueden recibir promesas hechas á su favor, ó hacerlas ellos á otro: de suerte, que hay casos en que dos ó mas prometen á uno, ó este uno promete à dos ó mas, y esta es la que llamamos obligacion correal.

Esta materia, que parece bastan-

---

(1) L. 38. al princ. tit. 11. P. 5. (2) Dha. l. 38. (3) L. 39. (4) L. 40. (5) L. 28. tit. 11. P. 5.

temente obscura, se harà clara si atendemos á una regla, y consiguientemente á su excepcion.

La regla es esta. *Quando dos ó mas personas se obligan, cada una queda obligada prorata: y si se promete á dos ó mas, à cada uno se le debe prorata.* (1) V. g. si Ticio y yo prometimos cien pesos, cada uno debemos cinquenta: y si à Ticio y á mi se nos promete la misma cantidad, á cada uno se nos deben cincuenta. Es decir: que la obligacion hecha á muchos, ó hecha por muchos, se tiene por dividida. (2)

De esta regla se exceptúa la obligacion correal, y asi si dos prometen la misma cosa à uno ó á

(1) L. 1. en el princ. tit. 16. lib. 5. Rec. de Cast. y l. 10. tit. 12. Part. 5.
(2) Dhas. leyes.

muchos de tal suerte que cada uno consienta en quedar obligado por el todo, será legitima la obligacion, y se llamarán *correos de prometer.* Del mismo modo, si se promete à muchos á un tiempo una misma cosa, de tal suerte que el promitente se obligue á cada uno por el todo, valdrá tambien su obligacion y se llamarán, *correos de estipular* (1)

Veamos ahora los efectos que produce semejante obligacion. El 1.° es que cada uno de los correos queda obligado por toda la cantidad prometida, de suerte que no tiene necesidad el acreedor de reconvenirlos à todos, sino que tiene arbitrio para dirigir su accion contra qualquiera de ellos y hacer que le

(1) L. 1. en el med. tit. 16. lib. 5. Rec. de Cast.

pague toda la cantidad. (1) El 2.º efecto es, que pagando el uno de ellos se libran los demas aunque cada uno deba el todo. (2) La razon es, por que habiendo conseguido el acreedor todo lo que se le debía, no tiene ya accion para cobrar otra cosa. 3.º Que semejantes correos no gozan del beneficio de divicion, aun quando no lo hayan renunciado expresamente ni las leyes que favorecen á los deudores. (3)

TITULO XVIII.

DE LAS PROMESAS DE LOS SIERVOS.

En este titulo no se trata cosa, que no se haya explicado ya en

---

(1) Dha. l. 1. tit. 16. lib. 5. Rec. de Cast. (2) L. 8. tit. 12. P. 5. (3) L. 1. tit. 16. lib. 5. Rec. de Cast. y ley 10. tit. 12. P. 6.

otra parte. Por derecho de Partidas todo lo que el siervo adquiría de qualquier manera que fuese, lo adquiría para su señor como una accesion ó aumento de su cosa, en cuya clase se contaban los siervos por derecho civil. (1) Mas como por derecho de Indias pueden tener peculio, y aumentarlo con lo que adquieran para sí; (2) se sigue que en lo tocante á él pueden prometer y pactar libremente, quedando en todo lo demas obligados al servicio de su señor, para quien adquieren como antiguamente estaba establecido, (3) pues solo se ha hecho en esta parte la mutacion de darles algun tiempo para que trabajen para sí.

---

(1) L. 7. tit. 21. P. 4. (2) Arg. de la Real ced. de 31. de mayo de 1789. (3) L. 3. t. 29. P. 3. y 7. t. 21. P. 4.

TITULO XIX.

DE LA DIVISION DE LAS ESTIPULACIONES.

A este titulo nada corresponde por nuestro derecho, y lo que se le podía substituir está ya explicado en los titulos antecedentes, ó se explicará en el siguiente. Hemos dividido ya las promesas en puras, à dia cierto ó bajo de condicion: estas ó son validas, de las que hemos tratado, ó inutiles, las que verémos luego.

TITULO XX.

DE LAS PROMESAS INUTILES.

Las promesas ò pactos serán inutiles ó carecerán de efecto por tres causas. 1.ª Por las personas de los contrayentes, si estas no se pueden obligar. 2.ª Por razon de las cosas

acerca de las quales se versa la promesa ó pacto, como si estas v. g. están fuera del comercio ó no están sujetas á la disposicion de los contrayentes. 3.ª Por el modo ó forma del pacto.

Por razon de las personas entre quienes se pacta ó se hace la promesa, sirva de regla el axîoma siguiente. *Todos aquellos que no pueden consentîr son incapaces de pactar ò prometer.* De aqui se infiere, 1. que no vale la promesa hecha por los infantes, furiosos, locos ó mentecatos, ni por los sordos y mudos juntamente, (1) todos los quales ni pueden hacer promesas, ni recibirlas de otros por falta de consentimiento. 2. Los pupilos mayores de siete años pueden aceptar promesas

(1) L. 4. tit. 34. Part. 7.

sin autoridad del tutor ó curador; pero no prometer. (1) La razon es, porque quando prometen se obligan y así hacen peor su condicion. Por el contrario, quando aceptan promesas obligan à otros, por lo qual hacen mejor su condicion. 3. Tampoco vale la promesa hecha por el prodigo à quien se ha prohibido la administracion de sus bienes, por estar equiparado en derecho al furioso. (2) Finalmente, no vale pacto alguno celebrado por la muger casada sin licencia de su marido ó del juez por su falta ó renuencia, ni entre padre y hijo, à no ser que se haga de los bienes castrenses ó quasi castrenses. (3)

(1) L. 4. tit. 11. P. 5. (2) L. 5. tit. 11. P. 5. (3) Ll. 2. 3. 4. y 5. tit. 3. lib. 5. Rec. de Cast. y 6 tit. 11. P. 5.

Por razon de las cosas no es valida la promesa quando se hace 1.° De todo aquello que no está en el comercio, v. g. los templos, las plazas publicas &c. 2.° Quando es cosa que ni exîste ni puede exîstir; pero si se prometen los frutos de una heredad que están todavía por nacer, es valida la promesa. (1) 3.° La cosa que es ya nuestra inutilmente se nos prometerá, pues ya no se nos puede dar ni hacerse mas nuestra. 4.° Es inutil la promesa de cosa torpe, ó contra ley ó buenas costumbres, ó de otra manera imposible. (2) 5.° Por lo que hace á la promesa de hecho ageno, valdrá segun paresca que quiso obligarse el promitente, esto es: á dar ó hacer en defecto del otro, ó sola-

(1) L. 20. tit. 11. P. 5. (2) L. 38.

mente à procurar que el otro dé ó haga. (1)

Por razon del modo de contraherse la obligacion no teniendose consideracion por nuestro derecho à otra cosa que á la voluntad de obligarse, valdrá aunque sea en favor de otro ó entre ausentes, y aunque se responda por mayor ó menor cantidad de la que se pide; y solo será inutil por ambigüedad de las palabras ó por otro motivo por el qual no paresca la voluntad de obligarse. (2)

TITULO XXI.

DE LAS FIANZAS Y FIADORES.

La fianza *es un contrato por el qual una persona se obliga à pagar*

---

(1) L. 11. tit. 11. P. 5. y 2. tit. 16. lib. 5. Rec. de Cast. (2) L. 2. t. 11. P. 5.

la deuda ó á cumplir la obligacion de otra; y fiador se llama aquel que dá su fé y seguridad prometiendo à otro hacer ó pagar alguna cosa por ruego ó mandato del que le mete en la fianza. (1)

De las definiciones dadas nacen los siguientes axiomas, que aclaran casi quanto hay que decir sobre esta materia. I. *La fianza es un contrato que se perfecciona por el consentimiento.* (2) II. *La fianza es un negocio civil y propio de solos los hombres.* (3) III. *La fianza es un contrato accesorio*, pues ha sido inventado para seguridad del acreedor, el que no queda defraudado en el caso de que el deudor principal no tenga

(1) L. 1. tit. 12. P. 5. (2) Arg. de la l. 2. tit. 16. lib. 5. Rec. de C. (3) L. 2. tit. 12. P. 5.

con que pagar. (1)

Veamos ahora quienes pueden ser ó no fiadores. Segun el primer axîoma pueden serlo todos los que pueden prometer, y por la promesa quedar natural y civilmente obligados. Se sigue pues, que son incapaces los infantes, furiosos, mentecatos, sordos y mudos que no entienden lo que hacen, los prodigos que se equiparan á los furiosos, los pupilos y demas menores sin licencia de su padre ó curador. (2)

Atendido el segundo axîoma no pueden ser fiadores los obispos, religiosos, clerigos reglares, ni los caballeros ó soldados que están en el real servicio especialmente de recaudadores de rentas reales, ni los

(1) L. 5. tit. 12. P. 5. (2) Arg. de la l. 1. tit. 12. P. 5.

siervos, á menos que tengan peculio, y en este caso podrán serlo hasta en su importe y nada mas. (1) Los clerigos seculares ordenados *in sacris* solo pueden fiar á otros clerigos, à iglesias ó á personas miserables. (2) Del mismo axîoma se deduce, que las mugeres no pueden ser fiadoras, y se lo prohibe expresamente el derecho, así en consideracion al decoro de su sexô, como tambien al peligro à que se expondrían de verse reducidas à pobreza por algunas fianzas incautas. (3) Mas si la muger otorgare la fianza, será valida en los casos siguientes. 1. Por causa de libertad, v. g. fiando á un esclavo por el precio de su rescate. 2. Por razon de dote, v. g. al que

(1) L. 2. tit. 12. P. 5. (2) L. 45. tit. 6. P. 1. (3) L. 2. tit. 12. P. 5. al fin.

la ofrece á otra muger para casarse. 3. Si sabiendo que la está prohibido ser fiadora y estando cerciorada del auxîlio del derecho fia no obstante, renunciandolo de su espontanea voluntad. 4. Si subsiste en la fianza dos años y despues de cumplidos la renova, ó entrega prenda al acreedor para la seguridad del debito. (1) 5. Si recibe precio por ser fiadora. 6. Si se viste de varon ó hace otro engaño para que la admitan por tal, creyendo que es varon. 7. Si fia por su hecho propio, v. g. à quien la fió ó por su utilidad, ó en otra manera semejante. 8. Si es instituida por heredera de los bienes del que fió. (2) 9. Por

(1) En este caso se presume que la fianza cede en su utilidad. (2) Vease la l. 3. tit. 12. P. 5.

rentas reales; y se advierte que si algun casado las toma en arrendamiento ó quiere fiar al arrendador de ellas, no debe ser admitido sin que su muger se obligue en el contrato y renuncie el privilegio é hipoteca que tiene en los bienes de su marido, (1) pues como la dote y fisco corren parejas en el privilegio, el que es primero en tiempo, lo es regularmente en derecho.

Aunque hemos dicho que vale la fianza hecha por la muger quando renuncia expresamente su privílegio, esto no se entiende para que pueda ser fiadora por su marido si fuese casada, ni juntamente con él, pues se declara nula semejante obligacion. (2)

(1) L. 27. §. 5. tit. 11. lib. 9. de la Rec. de Cast. (2) L. 9. tit. 3. lib. 5. Rec. de Cast. que es la 61. de Toro.

Segun el tercer axîoma pueden darse fiadores para toda especie de contratos y obligaciones, aunque sean puramente naturales y destituidas de todo efecto cívil. De esta suerte, puede acontecer que el principal deudor no quede obligado civilmente y sí el fiador, v. g. si uno se constituyó fiador por un siervo que no tiene peculio. (1) Se exceptúa el caso en que las leyes anulan la obligacion del deudor principal, como sucede en la fianza de las mugeres, y así si uno saliese de fiador por una muger que otorgase fianza fuera de los casos permitidos por derecho, no quedaría obligado, por estar dicha fianza reprobada por las leyes. Con mayor razon no valdría la obligacion que hiciese

(1) L. 5. tit. 12. P. 5.

el fiador de un hijo de familias ó menor, que comprase ó sacase al fiado alguna cantidad sin licencia de su padre ó curador, pues está declarada por de ningun valor semejante, obligacion y qualesquier contratos fianzas, seguridad y mancomunidad que sobre ella se hiciere, con qualesquiera clausulas y firmesas. (1)

Del mismo axîoma se deduce, que el fiador no puede obligarse á mas que el deudor príncipal, (*) pues sería cosa ridicula que yo de-

---

(1) L. 22. tit. 11. lib. 5. de la Rec. de Cast.

(*) Esto no impide que el fiador pueda obligarse mas que el deudor principal, ò quedar mas fuertemente obligado, y así segun decíamos poco antes, el deudor puede estar obligado solo naturalmente, y el fiador natural y civilmente: puedo yo estar obligado en virtud de escritura, y mi fiador dar prenda para mayor seguridad.

biese cien pesos y mi fiador quedase obligado por doscientos, siendo constante que lo accesorio debe seguir en todo á lo principal. Segun lo dicho, será nula la fianza en que el fiador se obligue à mas que el principal; pero no en todo, sino solo en el exceso. Este puede ser de quatro maneras: por cantidad, por razon de lugar, por tiempo y por razon de algun nuevo gravamen añadido á la obligacion. Se obligará en mas del primer modo, quando se obligue el fiador à pagar mas cantidad que la que debe el principal. Del segundo, quando estando obligado el deudor à pagar en lugar determinado el fiador se obligase en otro que le fuese mas gravoso. Del tercer modo, quando el fiador se obligase á pagar dentro de mas breve

tiempo que el que debía el principal. Y del quarto, quando el fiador prometiere pagar puramente, debiendo el principal bajo de condicion. (1) Verdad es que atendida la ley de la Recopilacion que establece, que quede uno obligado de qualquier modo que paresca que intentó obligarse, (2) no habrá dificultad en decir, que si el fiador sabía y entendía que se obligaba à mas que el principal y así fué su voluntad otorgar la fianza, valdrá la obligacion y tendrá fuerza en todo aquello que paresca que quiso obligarse; pero no si por ignorancia ó equivoco se obligó à mas.

Resta hablar de los efectos de la fianza. El principal de ellos es

---

(1) L. 7. tit. 12. P. 5. (2) L. 2. tit. 16. lib. 5. Rec. de Cast.

quedar el fiador obligado à pagar, no haciendolo el deudor en el tiempo que debía. (1) Pero para proceder con claridad en este punto, es menester distinguir varios modos con que pueden obligarse los fiadores. Pueden constituir su obligacion simplemente, esto es, prorata, ó cada uno por el todo; como fiadores, ó como principales pagadores. Si se obligan simplemente como fiadores, quedarán obligados á pagar à proporcion la parte que les toque; y si se obligan por el todo, puede el acreedor dirigir su accion contra el que quisiere, por el todo, ó á prorata á su eleccion, y pagandole uno integramente su debito, quedan libres para con él los demas; pero si alguno ó algunos son pobres, es de

(1) L. 8. tit. 12. P. 5.

cargo de sus confiadores la total solucion de la deuda. (1)

Mas aunque los fiadores se obliguen simplemente, si renuncian el beneficio de la division, que consiste en que la satisfaccion de la deuda se divida entre todos prorata, quedarán obligados por el todo como si expresamente se hubieran obligado así. (2) Pero no obstante que renuncien el tal privilegio, no podrán ser reconvenidos antes que el deudor principal, sino en varios casos que se individualizarán. 1.º Quando renuncian tambien el beneficio de la excusion, pues entonces no necesita el acreedor hacer constar para demandarlos, que el deudor

(1) Ll. 8. y 10. tit. 12. P. 5. (2) Greg. Lopez en la l. 8. tit. 12. P. 5. Febr. libreria cap. 4. §. 5. num. 127.

no tiene bienes. 2.° Quando este es notoriamente pobre, pues entonces deben absolutamente pagar por él. 3.° Quando el deudor está fuera del lugar: pero en este caso si piden termino al juez para presentarlo se les concederá; y no presentandolo dentro de él, pueden ser compelidos à pagar segun se hayan obligado. 4.° Quando niegan maliciosamente la fianza, y se les convence de haberla otorgado. 5.° Quando no oponen la excepcion de la excusion antes de la contestacion. 6.° Quando el deudor principal no puede ser reconvenido facilmente por razon de su persona, lugar ó privilegio, y algunos otros que trae Febrero. (1)

(1) L. 9. tit. 12. P. 5. Febr. librería de escr. cap. 4. §. 5. num. 127.

Si se obligan como principales pagadores haciendo suya propia la deuda agena, consintiendo ser demandados primero que el deudor principal y renunciando el beneficio de la excusion en sus bienes, pueden ser reconvenidos prorata antes que èl, segun se obligaron, porque su fianza en este caso se eleva á obligacion principal; y por el todo cada uno, si renuncian tambien el de la division, ó se obligan de mancomun por el todo *in solidum*, pues el pacto se ha de observar no habiendo dolo, ni siendo contra ley y buenas costumbres, y el hombre à quanto se obliga á tanto queda obligado. (1)

Los beneficios que competen á los fiadores y de que ya hemos

---

(1) L. 2. tit. 16. lib. 5. Rec. de Cast.

hecho mencion, son tres. 1.° El beneficio de *division.* 2.° *El de orden ó de excusion*, y 3.° El de *cesion de acciones.* El beneficio de la division tiene lugar, quando muchos se constituyeron fiadores por uno: entonces si todos tienen con que pagar, no estarà obligado uno solo á pagar el todo, sino que cada uno pagará prorata la parte que le toque. (1) El beneficio de orden ó de excusion se diferencia bastante del anterior, pues con este intentan los fiadores no ser reconvenidos sin que se haya hecho excusion en los bienes del deudor, esto es, sin que primero se embarguen, y vendan sus bienes, y se vea que no alcanzan à pagar la deuda.

El tercer beneficio es, que el

(1) L. 10. tit. 12. P. 5.

fiador no estè obligado à pagar sin que primero el acreedor le ceda los derechos y acciones que le competen contra el deudor. Debe pues el acreedor ceder sus derechos y acciones, ya sean personales, reales ó hipotecarias; y así mismo dar poder al fiador para exîgir del deudor principal y demas fiadores lo que pagó por ellos, à lo qual llaman *carta de lasto*; (1) y tambien entregarle todos los titulos de legitimidad del credito, para que con ellos se haga dueño de él, y quede subrogado en las acciones, y en su prelacion y seguridades; por que si no lo hace, no podrá repetir contra los otros fiadores, por obstarle la excepcion de la falta de cesion. No debe pues el fiador ser

(1) L. 11. tit. 12 P. 5.

compelido á pagar, hasta que se le dé el lasto, no obstante que esté condenado al pago por executoria. Pero no aprovechará este beneficio al que lo renuncia, y asi solo podrá repetir contra el deudor principal, como que paga por él, é hizo su negocio

Para que se entienda mejor el tiempo y modo con que el fiador ha de pedir el lasto al acreedor, es menester distinguir tres diversas maneras con que se puede hacer la paga. La primera es, satisfaciendo el fiador simplemente la deuda sin expresar por quien la satisface; si por el deudor principal, ó por sí como tal fiador. Si hace la paga simplemente, es preciso que en el acto de la entrega pida el lasto al acreedor, y si entonces no lo hace,

no puede pedirselo despues, sino es que antes pactasen que se lo había de dar. Y la razon es, porque en este caso se infiere que pagó por el principal, y así solo tendrá contra este el regreso por la accion *negotiorum gestorum*. Si hace la paga por el deudor principal, le competirá unicamente contra él la accion, por la razon expuesta; y asi en este caso no debe el acreedor darle lasto contra los demas fiadores, porque por la paga espira todo el derecho que contra ellos tiene, y es lo mismo que si el deudor pagara por su mano. Finalmente, si la hace por sí como tal fiador, puede compeler al acreedor à que le dé lasto para demandar con él toda al deuda al principal obligado, ó prorata á los demas fiadores de la misma cantidad,

á su arbitrio, porque en virtud del lasto sucede en el lugar y prelacion del acreedor, y adquiere la deuda como casi comprador de ella. Si dirige su accion contra los otros fiadores, le queda la de repetir por su parte contra el deudor, y pagando de esta manera puede en todos tiempos compeler al acreedor á que le dé el lasto, porque mientras no está reintegrado, no se extingue ni espira la obligacion principal, y así debe gozar del beneficio de la cesion de acciones. (1)

TITULO XXII.

DE LAS OBLIGACIONES DE LETRAS.

Hemos explicado ya todo lo perteneciente á los contratos que an-

(1) Ll. 11. tit. 12. y 45. tit. 13. Part. 5.

tiguamente se perfeccionaban por palabras: siguese ahora el que se llama *de letras*, por tomar su fúerza de solas ellas, aunque el que las escribió nada haya recibido. Esta obligacion decimos que es, *un contrato por el qual el que confiesa por medio de un vale ù otro instrumento, que ha recibido cierta cantidad por causa de mutuo, y no lo ha retractado en el espacio de dos años, queda obligado en fuerza de dichas letras, y puede ser reconvenido al pago, aun que no haya recibido el dinero que se menciona* (1).

Podemos pues, reducir esta materia à tres axîomas. I. *El fundamento de esta obligacion son solas las letras no retractadas dentro de dos años.* La razon es, por que no

---

(1) L. 9. tit. 1. P. 5.

es creible que haya hombre tan descuidado que deje en manos del acreedor por tanto tiempo el vale ó recibo, que le habia otorgado con la esperanza de que le entregaría el dinero que necesitaba. Si se verificare pues, una tan larga negligencia, justamente debe dañar al deudor, por haber presuncion vehemente de que recibió el dinero.

II. *Esta obligacion solo tiene lugar en causa de mutuo.* La razon es muy clara. El hombre qubusca dinero à mutuo, por lo comun se haya urgido de la necesidad y procura por todos medios dar gusto al acreedor, para inducirlo al prestamo, lo qual no sucede en los demas contratos: es pues, muy facil que el mutuatario se deje persuadir á dar el recibo ó instru-

mento, antes de recibir la cantidad que solicita.

III. *Del instrumento ó vale, dado y no retractado, nace la accion de este contrato, aunque el autor de las letras no haya recibido la cantidad de que se hace relacion, por tener lugar la presuncion ya dicha.*

Del primer axîoma se colige, 1. Que antes de los dos años no nace la accion de este contrato en virtud de las letras dadas. Nace si, accion de mutuo; pero entonces debe probar el actor que lo dió. Nace tambien accion en virtud del instrumento; pero esta la destruye el reo facilmente, oponiendo la excepcion de la *non numerata pecunia.* Pero la verdadera accion del contrato de letras que excluye toda excepcion, no compete, sino hasta pasados los

dos años. 2. Que el autor del instrumento, puede y debe repetirlo dentro de los dos años siguientes al dia de su otorgamiento. Esto lo debe hacer presentandose al juez, pidiendole mande al que tiene sus letras de recibo se las devuelva, en atencion à que no le quiere entregar la cantidad de que en ellas se daba por recibido. (1) Mas esta queja y qualesquiera protestas del reo no tendrán lugar, siempre que de otro modo aparezca que verdaderamente se hizo la entrega, como si el acreedor mostrase alguna carta posterior al instrumento en que el acreedor asegura que recibió el dinero, ó si la entrega se hizo ante testigos.

Aunque nuestro derecho dice, que pasados los dos años sin que-

---

(1) L. 9. en el med. tit. 1. P. 5.

jarse el mutuatario ni pedir sus letras, queda obligado á pagar la cantidad de que se dá por entregado en ellas; con todo en la practica, atendida la equidad, se admite todavía la excepcion de la *non numerata pecunia*, siempre que el reo se obligue á probarla. Y de aqui infieren nuestros autores practicos, que aun siendo tan recomendable el instrumento que tiene la clausula guarentigia, (*) pues trae aparejada execucion, no obstante, sino han pasado los dos años prefinidos para oponer la excepcion sobre dicha, contados desde la

---

(*) Esta voz *guarentigia* es Italiana, y significa *firmeza, seguridad*. Se reduce pues, la clausula llamada *guarentigia* á dar el otorgante poder à todos los juezes, que del contrato que se habla, deben conocer, para que le apremien à su cumplimiento como por sentencia definitiva de

fecha del vale, ó de hecho el prestamo, oponiendola en el acto del reconocimiento, no se debe despachar execucion en virtud de él.

Pero si han pasado los dos años, se ha de despachar precisamente la execucion, no obstante que en el acto del reconocimiento oponga la referida excepcion, pues la circunstancia del transcurso de los dos años sin oponerla, ó pedir la entrega del vale, produce el efecto de tocar al reo la prueba de no habersele entregado, en pena de su omision y silencio. Lo mismo se debería decir

---

juez competente, consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada. Esta clausula tiene tanta fuerza, porque la cosa juzgada se tiene absolutamente por verdadera, y asi queda el obligado sin recurso alguno temporal que le exîma de cumplir la obligacion contraida, y por lo mismo debe ser compelido à ello.

quando confesase llanamente la deuda, y despues del acto del reconocimiento quisiese oponer la excepcion, pues no es admisible alguna contra la confesion judicial pura, sino que se deberá despachar la execucion; y tambien quando en el vale la renunció expresamente, aunque lo reconozca antes de los dos años. Mas en dichos casos, aunque la execucion se lleve adelante, no se seguirá perjuicio al reo, siempre que pueda probar su excepcion dentro de los diez dias concedidos por derecho en el juicio executivo: (1) y si no pudiese en tan corto tiempo, deberá hacer el pago, y luego en via ordinaria se le oirá, y probandola en esta, tendrá el acreedor

(1) Ll. 2. 3. y 19. tit. 21. lib. 4. de la Rec. de Cast.

que restituir lo percibido. (1)

TITULO XXIII.

DE LOS CONTRATOS CONSENSUALES.

La ultima especie de contratos nominados es de los que se llaman consensuales, los quales no tienen este nombre porque en ellos se requiere el consentimiento de los contrayentes; de esta suerte deberíamos decir, que todos los contratos eran consensuales, pues ninguno se puede verificar sin consentimiento. Llamanse pues así, porque subsisten y tienen todo su vigor por solo el mutuo consentimiento, y así en ellos

(1) Vease sobre este punto à Febrer, juicio exec. lib. 3. cap. 2. §. 1. num. 2?. y sig. y §. 4. num. 269. y 270. Gomez tom. 2. Var. resol. cap. 6. á num. 3. y á Sala en la nota al §. uno de este tit.

nace la obligacion luego al punto que se convinieron las partes. V. g. entre el comprador y vendedor luego que convienen en la cosa, y en el precio, nace la accion de compra y venta, porque este contrato se perfecciona por solo el consentimiento. Por el contrario: entre el mutuante y mutuatario, mientras no se entrega la cosa fungible no nace la accion de mutuo aunque aquel haya prometido darla, porque este contrato es de los que se perfeccionan por la tradicion de la cosa.

Estos contratos tienen algunas cosas particulares. Primeramente todos son bilaterales, y así producen accion por una y otra parte: v. g. de compra y venta, de locacion conduccion, de mandato &c. ambas directas, ó una directa y otra contraria.

2. Todos estos contratos son de buena fè por lo mismo que son bilaterales, pues en ellos están obligados los contrayentes á prestarse mutuamente varios oficios. Segun esto se puede inferir, que todos los contratos consensuales son de buena fè; pero no que todos los contratos de buena fé sean consensuales, porque el comodato, deposito y prenda son de buena fé siendo reales. 3. Todos estos contratos se pueden celebrar entre ausentes, y de qualquier modo que se pueda manifestar el mutuo consentimiento.

Los contratos de esta naturaleza son, la compra y venta, locacion conduccion, emphiteusis, sociedad y mandato.

TITULO XXIV.

DE LA COMPRA Y VENTA.

El primero de los contratos que se perfeccionan por el consentimiento es la compra y venta, la qual es un *contrato consensual por el que convienen entre sí los contrayentes de entregar una cosa determinada por cierto precio.* (1) Este contrato pues, se perfecciona por el nudo consentimento de ambas partes, y se consuma por la tradicion de la cosa: pero si se transfiere, ó no, el dominio, no es del caso en la compra y venta.

De esta definicion se infiere claramente quales sean los requisitos esenciales de este contrato. Observese que en todo contrato se deben

(1) L. 1. tit. 5. P. 5.

distinguir unas cosas que son *esenciales*: otras que se llaman *naturales*; y otras puramente *accidentales*. Cosas esenciales á un contrato se llaman aquellas sin las quales no puede subsistir sin pasar á ser otra especie de negocio. V. g. sin precio no subsiste la compra, y asi no habiendolo pasa á ser donacion: la locacion no subsiste sin paga y si falta esta, de locacion se vuelve comodato. Luego el precio para la compra, y la paga para la locacion son esenciales, por que constituyen su esencia. Naturales à los contratos son aquellas cosas que segun las leyes debe haber en cada uno, pero por pactos de los contrayentes pueden mudarse sin perjuicio de la esencia del contrato: v. g. en la compra, quieren las leyes que el vendedor

esté obligado al comprador á la eviccion; (1) con todo se puede pactar lo contrario por los contrayentes. Accidental en los contratos se dice aquello, que ni está mandado por las leyes que se ponga, ni tampoco hay inconveniente en que se omita, por estar dejado enteramente á la voluntad de los contrayentes: v. g. que el precio consista en monedas de oro ó de plata, que se pague de una vez ó por plazos; acerca de esto nada disponen las leyes, y así en estos particulares se guardará lo pactado por los contrayentes, por ser cosas accidentales à los contratos.

Con lo explicado hasta aqui se viene en conocimiento, que tres son las cosas que constituyen la esencia

(1) L. 32. y 33. tit. 5. P. 5.

de este contrato. La 1. el consentimiento: la 2. una cosa vendible; y la 3. el precio. Qualquiera de estas cosas que faltase, dejaría de ser contrato de compra y venta. (1) De estos tres requisitos tratarémos en este titulo.

El primero es el consentimiento, el qual solo, es bastante para producir obligacion, porque este contrato es consensual. Mas como en los contratos de esta naturaleza no se requiere otra cosa para su perfeccion à mas del consentimiento, de aqui es, que la compra y venta estará perfecta luego que los contrayentes hayan convenido en el precio y en la cosa; (2) y así, no se requieren palabras solemnes, escri-

(1) L. 1. tit. 5. P. 5. (2) L. 6. del mism. tit.

tura, ni aun tradicion de la cosa; (1) por lo qual este contrato se puede celebrar entre ausentes, por cartas, ó procuradores. (2) Es verdad que el fin de la compra y venta es la tradicion de la cosa, pero esta no es la que perfecciona el contrato, pues aun antes de que se verifique estàn obligados los contrayentes, y así la entrega es una parte de la obligacion del vendedor y un efecto de la compra. En una palabra: no dirémos que hemos comprado una cosa porque se nos ha entregado, sino que la mira que hemos tenido en comprar ha sido el que se nos entregue. Mas este primer consectario admite algunas excepciones, y se dàn varios casos en que con solo

---

(1) Arg. de las leyes 6. y 8. del dho. tit. (2) L. 8.

el consentimiento no està perfecta la compra: v. g. si los contrayentes pactan que se haga escritura: en este caso no se tiene por perfecta la compra y venta hasta que se otorga el instrumento, y se firma por ambos. (1) Si se celebra la venta bajo de alguna condicion suspensiva: v. g. te vendo mi casa en mil pesos, si dentro de un año no hallare quien me ofresca mas: no se perfeccionará esta venta hasta que se cumpla el año sin que resulte mejor postor. (2) Si la cosa vendida es de las fungibles y todavía no se ha contado, pesado ó medido. (3) Finalmente, si fuere de aquellas cosas que se acostumbran gustar antes de com-

(1) L. 6. tit. 5. P. 5. y l. 3. tit. 10. lib. 3. del Fuero Real. (2) L. 40. del mism. tit. (3) L. 24.

prarse, no se perfeccionará la compra antes de que se guste. (1)

El segundo consectario que se deduce de lo dicho, es que antes de perfeccionarse el contrato, será licito á los contrayentes arrepentirse, mas estando ya perfecto de ninguna suerte, sino es por mutuo disentimiento. (2) Con todo, si han intervenido arras, en el caso de que el contrato no esté perfecto, si el comprador se arrepiente, perderá las arras en castigo de su inconstancia; y si el vendedor, las restituirá dobladas por la misma causa. (3)

Mas estando ya perfecto el contrato, aunque consienta el uno de los contrayentes en perder

---

(1) La mism. ley. (2) L. 6. tit. 5. P. 5. (3) L. 7. tit. 5. P. 5. y 2. tit. 10. lib. 3. del Fuero Real.

las arras, no podrá desistir de él, siempre que estas se hayan dado por parte del precio, ó en señal de la perfeccion del contrato: (1) pero si se hubiesen dado para que sirviesen de pena al que fuese inconstante, no habrá dificultad en que perdiendolas, desista el que no quiera estar á lo pactado. (*)

Todo lo dicho se deduce de la naturaleza de los contratos con-

---

(1) L. 7. tit. 5. P. 5. ℣. Pero si quando el comprador.

(*) Con la explicacion dada se concilian las leyes 7. tit. 5. P. 5. y 2. tit. 10. lib. 3. del Fuero Real, que parece convenir en que se disuelva el contrato aun estando perfecto, perdiendo las arras. Insistiendo en lo dicho, se puede responder á esta ley lo 1.° que habla del caso e que no está perfecta la compra: á lo qual dá margen la glosa de Montalvo en la letra c. Lo 2.°

sensuales; pero hay otros consectarios que nacen de la naturaleza del consentimiento mismo. Por consentimiento entendemos: *un acto de la voluntad con el qual aprueba una cosa cuya bondad el entendimiento conoce, y en virtud de este conocimiento se inclina la voluntad à conseguirla.* De donde se deduce, que impiden el consentimiento: el miedo y la fuerza, el engaño y el error. Por lo que

---

que si se quiere entender de un contrato perfecto, se puede decir, que las arras serían dadas como para que sirviesen de pena, y no como señal de perfeccion de la compra, ó parte del precio. Vease á Hermosilla en las adiciones á la glosa 1. y especialmente de la 3. sobre la ley 7. tit. 5. Part. 5. fol. 55. Vease tambien la glosa de Alfonso dias de Montalvo en la ley 2. tit. 10. del Fuero Real ya citada, principalmente en las palabras: *pierda la señal que dió.*

hace al miedo y fuerza, es constante en nuestro derecho, que en estos casos no vale la venta ó compra, (1) pues no aprobamos libremente aquello à que por fuerza, ó miedo somos compelidos. Esto no obstante, hay algunos casos en los quales pueden ser compelidos los ciudadanos á vender sus cosas por interesarse, ó la publica utilidad, ó alguna otra causa favorable. 1. En caso de hambre puede compelerse al poseedor de granos á que los venda por un precio justo. (2) 2. En favor de la religion: v. g. si una heredad es necesaria para la construccion de un templo ó monasterio. El 3. en favor de la libertad: v. g.

(1) Veanse las ll. 3. y 57. tit. 5. P. 5.
(2) Vease à Febrero cap. 7. de la librerìa de escrib. §. 1. num. 17. y á Hermos. en la l. 3. tit. 5. P. 5. glos. 1.

quando dos tienen un siervo y uno de ellos lo quiere manumitir: en este caso, el otro está obligado à vender su parte. (1) Tambien puede ser compelido à vender su siervo el señor, quando lo trata con demasiado rigor, ó no le dá los alimentos precisos, ó le manda hacer alguna cosa contra derecho y razon. (2) Hay tambien otros casos que no añado por no ser largo.

Acerca del dolo ó engaño, que efectos producirá en la venta, se debe distinguir: si el engañado estaba determinado á vender, ó no: si lo estaba, y solo padeció engaño en el valor ó estimacion de la cosa, subsistirá la venta, con tal que no

---

(1) Ll. 2. tit. 22. P. 4. y 3. tit. 5. P. 5. (2) Ll. 6. tit. 21. P. 4. y 3. tit. 5. P. 5.

sea en mas de la mitad del justo precio, pues si lo fuere, tendrá accion el vendedor à que se le restituya la cosa, ó se le complete el precio. (1) Mas si el que padeció engaño no pensaba vender, ni conocía lo que vendía é ignoraba su estimacion, y solo vendió movido de las razones falsas, que le sugirió el que deseaba comprar, en este caso se podrá rescindir la venta, aunque no haya sido hecha por menos de lo que vale la cosa. (2)

Finalmente, el error tambien impide el consentimiento, pues si yerro en la cosa, nô consiento en aquella, sino en otra que entonçes se presentaba à mí imaginacion. Pero

---

(1) L. 5. tit. 10. lib. 3. del Fuero R.
(2) Vease la l. 57. tit. 5. P. 5. y la ley 2. tit. 11. lib. 5. Rec.

el error no es solamente de un modo: unas veces es *esencial*, y otras *accidental*. Si es esencial, el contrato es nulo: (1) si accidental, subsiste la compra, y se dá al que erró accion para que se le restituya todo aquello que vale menos la cosa. (2) Llamarémos error esencial, quando erramos en la cosa misma: v. g. comprando laton por oro: (3) ó en el cuerpo de la cosa: v. g. por comprar á Ticio siervo, comprar á Estico. (4) Será tambien substancial el error que se versare acerca de los principales atributos de una cosa, que careciendo de ellos nos es enteramente inutil: v. g. si compramos por sano un siervo que es loco ó tullido. Será finalmente, accidental el error

(1) L. 21. tit. 5. P. 5. (2) Dha. l. 21. (3) Dha. l. 21. (4) L. 20. del mism. t.

quando erraremos en otras círcunstancias de la cosa que no son de tanta entidad. (1)

Hemos visto ya el primer requisito esencial para la compra y venta, que es el consentimiento: siguese el segundo, que es *la cosa vendible*. Acerca de esto sea I. Axîoma. *Todas las cosas que están en el comercio se pueden vender, ahora exîstan ó haya esperanza de que exîstirán.* (2) Segun esto se pueden vender las cosas futuras: v. g. los frutos ó caza del año venidero, (3) las cosas incorporales: v. g. el derecho à una herencia; (4) y aun las cosas agenas por razon de estar en el comercio pueden ser vendídas (5)

(1) L. 21. tit. 5. P. 5. (2) L. 1M. tit. 5. P. 5. (3) Dha. l. 11. y 12. del mismo tit. (4) L. 13. (5) L. 19. tit. 5. P. 5. l. 6. tit. 10. lib. 3. del Fuero Real.

No se quiere decir por esto que semejante venta pueda perjudicar al verdadero señor de la cosa, à quien queda su derecho à salvo para vindicar su cosa en donde qniera, que la encuentre; sino porque de este contrato nace accion y obligacion, entre el comprador y vendedor. (*)

(*) Acerca de este caso dispone la ley 19. tit. 5. P. 5. que si el comprador sabe que la cosa es agena quando la compra, no está el vendedor obligado á restituirle el precio despues de vindicada por su dueño, en castigo de su mala fè; sino es que se hubiese obligado à ello expresamente. Pero si compró con buena fè, esto es, creyendo que compraba á su verdadero dueño, està obligado el comprador, no solo á restituirle el precio sino tambien á resarcirle todos los daños y perjuicios que le hayan venido por su causa. Vease tambien la ley 6. tit. 10. lib. 3. del Fuero Real.

Puede tambien venderse la cosa que se tiene en comun con otro, satisfaciendosele el valor de su parte, á no ser que se haya comenzado el juicio de division. (1)

II. Ax. *No pueden venderse las cosas que estan fuera del comercio.* De aquí se deduce la razon porque no pueden venderse las cosas sagradas, sino es que se vendan como accesorias á algun territorio ò señorio, (2) ó por causa de necesidad, ó utilidad de la Iglesia; (3) ni las cosas publicas, como las calles ó plazas, (4) ni tampoco el hombre libre. (5)

III. Axioma. *Tampoco se puede*

---

(1) L. 55. tit. 5. P. 5. (2) L. 15. del mism. tit. y P. (3) Ll. 2. tit. 14. P. 1. (4) Dha. l. 15 tit. 5. P. 5. (5) La mism. l. 15. y la 8. tit. 10. lib. 3. del Fuero Real.

vender ni comprar todo lo que por las leyes se haya especialmente prohibido. Por esta razon no se pueden vender armas, municiones ni viveres á los enemigos del reyno: (1) las cosas venenosas, sino es que se vendan para formar de ellas medicamentos. (2) Tampoco se puede comprar de esclavos ni criados de servicio alhajas, joyas, trastos de casa ni otra cosa, aunque sea de comer, pena de ser castigado el comprador con pena de encubridor de hurto. (3)

Resta tratar del tercer requisito esencial de este contrato, que es *el precio*, sin el qual no se hace compra ni venta. Aunque tomada

(1) L. 22. tit. 5. P. 5. (2) L. 17. (3) Ll. 16. tit. 11. lib. 5. y 5. tit. 20. lib. 6. de la Rec. de Cast.

latamente la palabra *precio*, se pueda llamar así todo aquello que se dá por otra cosa, con todo en su rigurosa significacion, se entiende solamente *dinero contado*, ó moneda acuñada corriente, que se debe pagar en la compra por la cosa que se recibe. (1) De aqui sacamos la diferencia que hay entre la compra y el cambio ó permuta: si se dá dinero contado por la cosa, será compra, y si se dá una cosa por otra, será cambio ó permuta. (2)

A mas de consistir en moneda el precio para que se llame este contrato compra y venta, ha de tener tres condiciones: esto es, ha de ser *verdadero, justo y cierto*. Por verdadero

---

(1) Prolog. y l. 1. tit. 6. Part. 5.
(2) El mism. prolog. y ley 1. tit. 11. lib. 3. del Fuero Real.

tendrémos á aquel precio que es real, y no imaginario ó simulado; como sería si una cosa de mucho valor se diese por una pequeña moneda: lo qual no se debería llamar venta, sino donacion. Diximos tambien, que el precio debe ser *justo*. Es verdad que quando este no está determinado por las leyes, admite bastante latitud; pero siempre debe ser de algun modo equivalente á la cosa vendída. Si no lo fuere, y el vendedor alegare que ha sido dañado, se rescindirá ó no el contrato, segun fuere la lesion. Si se probare haber sido en mas de la mitad del justo precio, como si lo que valía diez se vendió por menos de cinco pesos, estará obligado el comprador à una de dos, ó à suplir el precio justo que valía la cosa al

tiempo que la compró, ó á volversela al vendedor, tornandole el precio que recibió. (1) La qual alternativa tiene lugar, aunque la compra haya sido en almoneda, hasta quatro años despues. (2) Pero si la lesion no fuere en mas de la mitad del justo precio, no compete accion alguna, ni al comprador ni al vendedor para rescindir el contrato, no haviendo dolo ni mala fe en su celebracion, (3) y siendo los contrayentes mayores de veinte y cinco años. (*)

---

(1) L. 56. tit. 5. P. 5. y l. 1. tit. 11. lib. 5. de la Rec. de Cast. (2) La mism. l. de Rec. al fin. (3) L. 2. tit. 11. lib. 5. Rec. de Cast.

(*) Para mejor inteligencia de lo dicho se advierte, que el justo precio, es dos maneras, uno legitimo y otro natural: legtimo es el que por ley, principe ó republica es determinado, y asi consiste en punto indivisible. Na-

Esta lesion en mas de la mitad del justo precio no se puede alegar por los que son peritos en sus artes; (1) ni quando la venta se hace contra la voluntad del vendedor, y el comprador es apremiado á comprar; (2) como tampoco en las cosas que se venden por deudas fiscales. (3)

---

tural es el que tienen las cosas con atencion á la estimacion que de ellas se hace y á otras circunstancias, y por consiguiente admite bastante latitud.

Este precio natural se divide en medio, supremo, è infimo: v. g. el medio será diez, el supremo once, y el infimo nueve. Para graduar estos precios, no se ha de considerar lo que costó al vendedor la cosa, ni los gastos ó trabajos que en ella tuvo, sino la comun estimacion del precio, que al tiempo de la venta corriere en el lugar donde se hiciere, ahora se gane ó pierda mucho.

(1) L. 3. tit. 11. lib. 5 de la Rec. de C. (2) L. 6. tit. 11. lib. 5. Rec. (3) Ll. 18. y 20. tit. 7. lib. 7. Rec. de C.

Pero en estos casos tendrá lugar la lesion enormisima, aun quando se huviese renunciado; y se llama así, quando el precio es dos ó tres tantos menos de la mitad del justo, à diferencia de la enorme, que es aquella en que por la cosa se dá poco menos de la mitad del justo precio. (1) (*)

Finalmente, debe ser cierto el

---

(1) Ll. 16. al fin tit. 11. Part. 4. y 56. tit. 5. P. 5. Vease la Curia Filipica lib. 1. comerc. terrestre cap. 12. num. 28. 29. 32. 33. y 34.

(*) Hay otra diferencia entre la lesion enorme y enormisima, y es que para remediar la primera solo hay accion hasta quatro años despues, conforme á la l. 1. tit. 11. lib. 5. de la Rec. de Cast. pero para la segunda la hay hasta 20 años, como accion personal que es, segun la l. 6. tit. 15. lib. 4. Rec.

precio, ó por convencion de las partes, ó con relacion á otro modo de certificarse, y así. 1. Será cierto el precio de la cosa si se deja à arbitrio de un tercero y este lo señala, à cuya desicion se debe estar; sino es que fuese desproporcionado, en cuyo caso se debe enmendar à juicio de hombres buenos. (1) 2. Tambien será vàlida la venta si el vendedor se conviniere à recibir por precio el dinero que se hallare en tal arca, saco &c. si allí se encontrase alguno; pero no, si nada hubiese. (2) 3. Será ademas de esto cierto el precio si se vendiere la cosa en quanto se compró, habiendose verdaderamente comprado por algun dinero. (3) Pero 4. no valdrá la venta

(1) L. 9. tit. 5. P. 5. (2) L. 10. del mism. tit. (3) Dha. l. ya cit.

en el caso de que el precio se deje à arbitrio de una de las partes, ó de un sujeto incierto. (1)

Restan todavía varias cosas dignas de saberse acerca de este contrato. 1. Quienes puedan comprar y vender. 2. Que obligacion nace de la compra y venta. 3. A quien pertenece el peligro de la cosa vendida; y 4. Que acciones nacen de dicho contrato.

I. Como segun hemos dicho la compra y venta se perfecciona por el consentimiento, es evidente que todos aquellos pueden comprar y vender, que pueden consentir libremente (2) ya sea por palabra, por carta ó mensagero. (3) Por falta de esta qualidad los hijos de familia

---

(1) Dha. L. 9. (2) L. 2. tit. 5. P. 5. (3) Ll. 8. y 48. del mism. tit.

y los menores, no pueden comprar ni los mercaderes venderles: (1) como tampoco à los estudiantes, sino interviene permiso del que los tiene en el estudio. (2) Se exceptùa el contrato que el padre hiciese con el hijo de los bienes castrenses ó quasi castrenses, que valdría por haberse en estos como padre de familias. Los administradores, tutores, curadores ni otro alguno, no pueden comprar ni vender los bienes de los menores sin autoridad judicial; (3) y aun de esta suerte, ha de redundar la venta en su utilidad, pues sino, pueden reclamarla dentro de los quatro años siguientes à los veinte cinco de su edad; y si dichos tutores &c. los

(1) L. 22. tit. 11. lib. 5. Rec. de C.
(2) L. 4 tit. 7. lib. 1. de la Rec de C.
(3) Entiendese de los raices y muebles preciosos.

compran publica ó privadamente, están obligados à restituirlos con el quatro tanto, y es nula la venta. (1)

Los clerigos están privados de comprar y vender por via de negociacion, ya sea por sí mismos ó por medio de otro, tanto por derecho canonico, (2) como por el real. (3) El adelantado y juez tampoco puede comprar por si, ni por medio de otro durante su oficio cosa alguna de lo que se vende en almoneda por su mandado, (4) ni casa, heredad, ú otra alhaja raiz en el lugar en que exercen jurisdiccion; pero si vender las que tienen en él. (5)

---

(1) L. 4. tit. 5. P. 5. y l. 23. tit. 11. lib. 5. Rec. de Cast. (2) Concil. Trid. sess. 22. de refor. cap. 1. y la *Bul. Apostolicæ servitutis* de Bened. *XIV.* (3) L. 46. tit. 6. P. 1. (4) L. 5. tit. 5. P. 5. (5) L. 24. tit. 8. lib. 2. de la Rec.

II. La obligacion que nace de este contrato es, de parte del comprador pagar el precio contratado, y por parte del vendedor entregar la cosa en que se ha consentido. Veamos mas de cerca una y otra obligacion. El comprador debe el precio para satisfacer con èl al vendedor: esto lo puede hacer de dos modos, ó pagandolo efectivamente, ó persuadiendo al vendedor que se fie de él. De aquí es, que si ni el comprador paga de contado, ni el vendedor quiere fiarse de él, no se transfiere el dominio aunque haya intervenido tradicion; (1) y así no tiene accion para compeler al vendedor á que le entregue la cosa.

El vendedor está obligado à entregar la cosa, y mientras que no

(1) L. 46. tit. 28. P. 3.

la entrega, no tiene accion para pedir el precio. La razon es, por que no es justo que uno pueda obligar à otro á un contrato que reusa el mismo cumplir por su parte. De lo dicho se infiere, que en este contrato es igual la comodidad para ambos contrayentes, pues aunque el comprador recibe la cosa, paga el justo precio de ella; y el vendedor aunque recibe el precio, pero se deshace de su cosa. Ahora pues, siendo regla constante que quando es igual la utilidad de ambos contrayentes se prestan mutuamente hasta la culpa leve, se sigue, que en este contrato estaràn obligados el comprador y vendedor al dolo, culpa lata y leve. (1)

III. Veamos ahora à quien pe-

(1) L. 23. tit 5. P. 5.

tenece el peligro y utilidad de la cosa vendida. Por peligro entendemos un acontecimiento por el qual perece la cosa. (1) Por utilidad todas aquellas ventajas ó aumentos que nascan de la cosa vendida. (2) El sentido pues de la qüestion es este: ¿si una cosa se ha vendido, y aun no se ha entregado, y en este intermedio perece por acaso ó se empeora, á quien pertenece este daño? Mas: si una cosa se ha vendido y no se ha entregado, y esta misma recibe algun aumento ó mejora; v. g. si en la casa vendida se encontrase un tesoro, ¿ à quien pertenecerá esta utilidad? ¿al comprador ó al vendedor? Nuestras leyes responden ter-

---

(1) L. 3. tit. 2. P. 5. ℣. *E por ocasion.* (2) L. 24. tit. 5. P. 5. ℣. otro si decimos.

minantemente, que luego que la compra y venta está perfecta, aunque no se haya verificado la entrega, pasa al comprador el peligro, y utilidad de la cosa comprada. (1) Pero se exceptúan quatro casos. 1. Si pereciere por dolo, culpa lata ó leve del vendedor. (2) 2. Si se pactase que el peligro sea del vendedor. (3) 3. Si la cosa fuese de las que se venden contadas, pesadas ó medidas, y de las que se acostumbran gustar previamente, pues antes de practicarse esta diligencia no se tiene por perfecto el contrato, (4) aunque hayan consentido en la cosa, y convenido en el precio. (*) 4. Si el

(1) L. 23. tit. 5. P. 5. (2) Arg. de dha. l. 23. (3) L. 39. tit. 5. P. 5. (4) L. 24. del mism. tit.

(*) Acerca de este tercer caso se

vendedor fuere moroso en entregar la cosa al comprador, siendo reconvenido por este ante testigos. (1)

De esta suerte dispone nuestro derecho acerca del peligro, y utilidad de la cosa vendida. Mas no sin fundamento podría alguno objetar ser esto manifiestamente contrario á los principios del mismo derecho. Estos establecen, *que la*

---

debe advertir, que si habiendose señalado dia para gustar, medir ó pesar la cosa, el comprador no viniere, desde entonces es de su cuenta el peligro; y no señalandose dia, el vendedor pasará este peligro al comprador siempre que habiendole citado ante testigos no compareciera à medirla, pesarla &c. A mas de esto tiene derecho para vender á otro la cosa y el comprador será siempre responsable de los daños y perjuicios de la tardanza. Vease la ley 24. del mismo titulo.

(1) L. 27. tit. 5. P. 5.

cosa perece para su dueño; que antes de la tradicion pertenece el dominio de la cosa al vendedor; y que este no pasa al comprador hasta verificarse la entrega: ¿como pues ha de perecer la cosa para el comprador no siendo todavía este dueño de ella? Fuera de esto, los aumentos y utilidades de la cosa son accesiones de ella, y es constante que del dueño de la cosa son tambien todos los aumentos que produce; siendo pues, del vendedor la cosa antes de la tradicion ¿como ha de ser verdad, salvos los principios de derecho, que las utilidades pertenescan al comprador luego al punto, y sin que haya sido apoderado de la cosa? Pero se responde, que el peligro y comodidad pasan al comprador atendido otro principio igualmente cons-

tante en derecho: este es, que al instante que la venta está perfecta, el vendedor es deudor de cierta especie, conviene asaber; de la cosa vendida. Ahora pues, como el deudor de cierta especie pereciendo esta, se libra de toda obligacion y nada mas debe, (1) se sigue, que el vendedor si perece la cosa vendida, que erá la que debía entregar, se libra al instante, y asi el peligro no es de él, sino del comprador. Por otra parte, siendo justo que aquel á quien pertenecen los daños, pertenescan las utilidades, infirieron legitimamente los jurisconsultos, que debían ser del comprador quantas huviese. (2)

IV. Falta tratar de las acciones que nacen de este contrato. Ya

(1) Arg. de la ley 41. tit. 9. P. 6.
(2) L. 23. tit. 5. P. 5.

hemos dicho que es bilateral, y asi se obliga uno y otro contrayente. Nacen pues, de él dos acciones. La obligacion de ambos contrayentes nace desde el principio, y de la naturaleza misma del contrato: de aqui sigue, que ambas acciones son directas. Mas como este contrato es nominado, las dos acciones deben tener su nombre, y así se llamarán *accion de compra ó venta*. Estas acciones se distinguen por el actor: si el comprador entabla la suya para conseguir la cosa, se llamará *accion de compra*; y si el vendedor solicita que se le pague el precio, se llamará *accion de venta*. Veamos una y otra separadamente. La accion de compra se dá al comprador ó á su heredero, con tal que haya pagado el precio, contra el vendedor ó su heredero;

pero no contra un tercer poseedor, por que es personal. Se dá á efecto de conseguir todo lo que se le debe en virtud de este contrato. Se le debe la tradicion de la cosa, la posesion y los frutos, y aumentos que haya tenido desde el dia del contrato; y si por culpa del vendedor no se verifica la entrega, estarà obligado á satisfacer al comprador los intereses, y todos los daños y perjuicios que le hayan sobrevenido, aunque sea por culpa leve. La accion de venta se dá al vendedor que ya entregó la cosa ó á su heredero, contra el comprador ó su heredero, á efecto de conseguir todo lo que se le debè por este contrato. Se le debe el precio pactado, las usuras, si huviere tardanza en la paga, y la restitucion de todos los daños que le hayan

acaecido, aunque sea por solo culpa leve del comprador.

A mas de las dos acciones ya explicadas, hay otras dos peculiares del comprador, y son la redhibitoria y estimatoria. La primera tiene lugar quando se venden bienes que tienen vicio, tacha ó enfermedad; ya sean raices v. g. heredad ó campo que cria malas yervas, casa ù otro edificio que debe servidumbre, ó tributo; ó muebles v. g. mercaderias, libros; ó semovientes como esclavos, caballos, mulas, y otros semejantes que tengan, daño ó maldad oculta, lo qual no habiendosele manifestado al comprador puede intentar contra el vendedor, dentro de los seis meses primeros siguientes al dia de la celebracion de la venta, dicha accion llamada *redhibitoria*, à

efecto de que se rescinda el contrato, restituyendosele el precio y volviendo él la cosa. (1)

No intentandose en el tiempo establecido la primera accion, puede usar el comprador en los seis meses restantes de la segunda, que se llama *estimatoria* ó *quanto minoris*, à efecto de que el vendedor le devuelva el menos valor que la cosa vendida tiene por el defecto, tacha ó vicio, que le ocultó; de suerte que en el preciso termino de un año, contado desde la fecha del contrato, ha de usar de ellas, y pasado ninguna puede intentar. (2) Mas si el vendedor manifestare el vicio de su cosa, ó el comprador renunciare estas acciones, no podrá despues pre-

---

(1) L. 63. tit. 5. P. 5. (2) L. 65. tit. 5. P. 5.

tender cosa alguna (1) (*)

§. I.

DE LAS CONDICIONES Ó PACTOS QUE SE PUEDEN PONER EN LA CELEBRACION DE LA COMPRA Y VENTA.

No solo se puede celebrar la venta puramente, sino tambien con condicion, esto es, dando el uno ó el otro de los contrayentes su consentimiento bajo de ciertas calidades, que podemos llamar pactos añadidos.

Los mas solemnes que se pueden poner, y son permitidos en

---

(1) L. 66. del mism. tit.

(*) Si el vendedor ignorando el vicio, tacha ó defecto de su cosa, la vendiere con buena fe, no estará obligado á los daños seguidos al comprador; pero sí à volver el mas valor que recibió por la cosa, y que no se le hubiera dado á saberse el defecto. Febr. lib. de escr. cap. 7. §. 1. num. 56.

este contrato, son los pactos llamados *de retrovendendo, comisorio y addictionis in diem.* (1) Por el primero se verifica la venta con la precisa calidad, y condicion de que para cierto dia, mes, y año ha de restituir el comprador la misma cosa vendida al que se la vende ó á sus herederos, en la forma que la recibe sin deterioro alguno, volviendosele el precio, y que con ningun pretexto la ha de poder vender, gravar, ni de qualquiera otro modo enagenar hasta que pase el tiempo prefinido, y si lo hiciere sea nulo. Ordenada en estos terminos la venta, es licito el contrato (2) y el comprador puede usarla y disfrutarla, mas no venderla ni enagenarla, hasta que espire el

(1) Ll. 38. 40. y 42. tit. 5. P. 5.
(2) L. 42. tit. 5. P. 5.

tiempo prescrito; pero el vendedor podrá darle facultad para esto, quedando el segundo comprador con la obligacion de restituirla, y la accion de vindicarla en su fuerza y vigor.

Por el pacto comisorio se obliga el comprador à que si no satisface el precio de la cosa comprada para cierto dia, queda por el mismo hecho nula la venta, se tiene por no transferido el dominio, y puede el vendedor quedarse con la señal que haya dado. Cuyo pacto es tan licito y valido, que no cumpliendo el comprador con la satisfaccion del precio al plazo estipulado, verdaderamente se rescinde y anula el contrato, (1) y no se le transfiere el dominio de la alhaja ni sus acreedores adquieren

(1) L. 38. del mism. tit.

derecho á ella, y por lo mismo el vendedor gana la arra ó señal, bien que puede elegir uno de dos medios; que son, ó pedir todo el precio y que entonces subsista el contrato: ó no querer que este valga y retener la arra, pero no arrepentirse despues de hecha la eleccion. (1)

Si el comprador percibió algunos frutos de la alhaja vendida con pacto comisorio, debe entregarlos al vendedor, devolviendole este la señal ó parte del precio que recibió, y no de otra suerte; y si los quiere, le ha de abonar las expensas hechas en sus labores, y coleccion de ellos: pero si la alhaja se deterioró por su culpa mientras la poseyó, está obligado á reintegrar al vendedor su decremento. (2)

---

(1) Dha. l. 38. (2) L. 38. al fin.

Quando se añade el pacto de adiccion ó señalamiento de dia, recibe el comprador la cosa con la condicion de que si dentro de tanto tiempo (que se señala) pareciere otro comprador, que dé al vendedor ó á su heredero mas precio por ella, ha de quedar por el mismo caso nula y rescindida la venta, y el derecho del vendedor vivo è ileso para apoderarse de la cosa, venderla al que mas le diere y compeler al primer comprador á que se la restituya tan saneada y en la propia forma que la recibió, devolviendosele el precio que entregó y el de las mejoras utiles que tenga, mas no las precisas para su conservacion. Mas si pasare el tiempo prefinido, se transfiere el dominio de la cosa en el comprador, sin que sea necesaria

nueva tradicion. (1)

Este pacto será valido concurriendo las circunstancias siguientes. 1.ª Que el segundo comprador sea verdadero y no simulado. 2.ª Que el vendedor ó su heredero haga saber al primero el mayor precio que el segundo le ofrece por la alhaja, y le reconvenga si la quiere por el tanto, pues tiene derecho para ser preferido. 3.ª Que el mayor precio ofrecido sea por la alhaja considerada en la misma forma que la vendió, sin mejoras ni aumentos. Con qualquiera de estas circunstancias que falte no se rescindirá el contrato. (2)

§ II.

DEL RETRACTO Ó TANTÉO.

El retracto en general, se puede

(1) L. 40. del mism. tit. (2) Dha. l. 40. tit. 5. P. 5. al fin.

decir que es: *un derecho que por ley costumbre ó pacto compete á alguno para rescindir la venta, y atraer á sí por el mismo precio, dentro del termino prefinido por derecho la finca ó posesion vendida á otro.*

En España se conocen quatro generos de retracto, á que en castellano se llama *tantéo*. El primero es convencional, y se verifica quando el vendedor y comprador pactan que aquel ha de poder retraer la finca dentro de cierto termino, ó quando quiera, restituyendole el precio recibido; y este es el pacto de *retrovendendo* de que hablamos poco ha. El segundo tiene lugar quando el que poseé algun castillo, ó fortaleza intenta venderlo ó permutarlo, pues lo debe hacer con licencia del Rey, é informarle del

comprador, y precio que por el dá, para que si lo quiere, lo retraiga por el tanto. (1) El tercero se llama de comunion ó sociedad, y le está concedido al socio ó participe en el dominio de algun bien raiz. (2) El quarto finalmente, es el de consanguinidad ó gentilicio, del que tratarémos primeramente, y es el que compete á los hijos, nietos, y parientes legitimos por su orden, dentro del quarto grado civil recto y transversal, del dueño de los bienes que se venden, sin distincion de sexô ni edad, pues por los menores pueden usar de él sus tutores y curadores, y por los ausentes sus apoderados con poder

---

(1) L. 1. tit. 18. P. 2. y 2. tit. 10. lib. 5. de la Rec. de Cast. (2) L. 55. tit. 5. Part. 5.

especial. (1)

La razon de permitir el derecho á los consanguineos la facultad de retraer, se toma de la aficion que por lo comun profesan todos à los bienes de sus mayores; ya sea por la utilidad que experimentan en conservarlos en sí, ya por que les es sensible el que salgan de la familia. Concede pues, el derecho esta facultad, no solo á los hijos legitimos, sino tambien á los naturales, por militar en ellos la misma razon; pero no á los espurios por no reputarse por conocidos sus padres.

En virtud del derecho que hemos explicado, queriendo el dueño de

(1) L. 13. tit. 10. lib. 3. del Fuero Real y ll. 6. y 7. tit. 7. lib. 5. del ordenam. y 230. del estilo.

alguna finca ó albaja immueble patrimonial ó abolenga, venderla por dinero de contado à extraño, y algun pariente suyo hasta el quarto grado inclusive, contado por derecho civil, poseerla; es preferido por el tanto al comprador extraño. Si el pariente no intentó el retracto ó tantéo antes que la finca se vendiese, todavia puede apoderarse de ella si ocurrè dentro de los nueve dias primeros siguientes al de la celebracion de la venta; pero con la condicion precisa de que pague el mismo precio que el comprador extraño ofrecia, y de que jure que quiere para sí la finca, y que no hace el retracto por dolo, ni con fraude. Y si entonces no existe en el pueblo, puede tantearla otro

pariente por la misma linea. Pero en el caso que dos ó mas de un grado pretendan la misma finca, dispone el derecho que la partan entre sí, y siendo de diversos, que la lleve el mas cercano. (1)

Por lo que hace al retracto de comunion ó sociedad, es constante que no solo puede el socio ó partícipe en la finca, justificando serlo, retraerla por el tanto, si el consocio quiere vender su parte à extraño; sino tambien despues de vendida esta, acudiendo dentro de los mismos nueve dias concedidos al pariente, y no despues; con tal que pague el precio ofrecido por el comprador, y que no haya fraude ni dolo. (2)

(1) L. 7. tit. 11. lib 5. de la Rec. de Cast. que es la misma que la l. 13. tit. 10. lib. 3. del Fuer. Real
(2) L. 55. tit. 5. Part. 5.

Mas esto se entiende quando ambos poseen la cosa pro indiviso, pues si està dividida real y demostrativamente y cada uno poseé su parte separada, ninguno puede intentar el retracto de la otra, pues en este caso ya no son socios, ni tienen comunion en ella.

Siendo muchos los socios puede cada uno in solidum retraer por el tanto la finca ó cosa vendida á extraño, y si todos la quieren, deben ser admitidos proporcionalmente á su tantéo, segun la parte que en ella les corresponda, no con igualdad. Pero sí el socio vende á uno de los consocios la suya, no pueden los demas retraerla, ni quitarla, por grandes que sean las de ellos, y pequeña la del consocio comprador.

Tienen tambien este mismo de-

recho de retracto por comunion, el señor que tenga el dominio directo en alguna posesion, el superficiario, que es el que tiene edificio sobre suelo ageno, por el que paga pension al de este, y el enfitéuta ó dueño del dominio util de la finca, que es el que recibió à censo enfiteutico algun fundo para cultivarlo y percibir sus frutos, con la obligacion de pagar al que se lo dió, y à sus sucesores cierto redito ó pension anual. Ahora pues, si el señor del dominio directo, ó de la area ó suelo lo vende á extraño, pueden retraerlo por el tanto el superficiario y enfitèuta como dueños del util, dentro de los nueve dias referidos. Si estos venden el util, puede retraerlo aquel, dentro del mismo termino en caso que ninguna pension anual

le paguen, pues si la pagan, deben para evitar que la finca caiga en comiso, requerirle si lo quiere por el mismo precio, á fin de que lo tome, pues es preferido, ó permita que se venda à otro; y una vez requerido tiene dos meses de termino para el tantéo, pasados los quales quedan en libertad para venderlo y el señor sin accion por aquella vez á tantearlo, y sí solo al laudemio, que por la venta se cause.

Si el señor y el superficiario ó enfitéuta, concurren con el consanguineo ó con el socio ó con ambos, preferirán aquellos tres à estos dos, llevando siempre la antelacion al superficiario y al enfitéuta el señor del dominio directo, por razon del mayor derecho que como dueño del suelo le compete en la finca;

y al socio, el superficiario y el enfiteuta. Y si estos tres, y el señor concurren con el consanguineo, le preferirán por el orden con que quedan nominados; de modo que el consanguineo tiene el ultimo lugar respeto de los otros, ya concurra con todos juntos ó con cada uno solo: el socio cede al superficiario y al enfitéuta, y estos dos al señor del suelo. (1)

§. III.

DEL TRUEQUE Ó CAMBIO.

El trueque ó cambio, que tambien se llama permuta: es *un contrato por el qual se dá una cosa cierta, por otra tambien cierta.* (2) Se diferencia de la venta, en que por

(1) L. 13. tit 11. lib. 5. de la Rec. de Cast. (2) Prol. y l. 1. tit. 6. P. 5.

esta se dá precio en dinero contado y por el cambio no, sino una cosa por otra; (1) y en que la venta es vàlida aunque sea de cosa agena, lo que no sucede en el cambio. (2)

Este contrato puede celebrarse de tres maneras: la primera por palabras simples sin otorgamiento ni promesa: la segunda por palabras recìprocas de ambos contrayentes que contengan promesa de verificar el cambio; y la tercera es quando se hace el cambio por palabras, y la cumple uno de los dos ó ambos: y de la misma manera que los que venden, están obligados los que cambian à la eviccion y saneamiento de lo que truecan.

Todos los que tienen potestad

---

(1) L. 1. tit. 11. lib. 3. del Fuero R.
(2) Leyes 1. y 4. tit. 6. P. 5.

de comprar y vender, la tienen tambien de hacer trueques, y todas las cosas que pueden ser vendidas, se pueden trocar y al contrario. Pero para que se pueda verificar este contrato en las cosas eclesiasticas, ha de intervenir licencia del Prelado eclesiastico en cuya Diocesi estàn. (1)

No se perfecciona el trueque hecho con palabras simples hasta que ambos contrayentes se apoderan reciprocamente de las cosas que permutan, y aunque uno lo esté de la que le toca, sino entrega al otro la suya no queda perfecto, y puede disólverse, y por no entregarla no incurre en pena, á menos que en la escritura se la impongan, ó que

(1) Ll. 63. al fin tit. 5. P. 1. y 2. tit. 6. Part. 5.

el otro contrayente haya sido da-ñado. (1)

Si el trueque se hace con palabras y promesa, y uno de los contrayentes comenzó à cumplir por su parte, está en su eleccion hacer que se efectúe el trueque, ó que el otro le pague los daños que se le irroguen, pues este contrato produce accion y obligacion civil: lo que no sucede quando solamente se hace con palabras simples. (2)

TITULO XXV.

DE LA LOCACION CONDUCCION.

El segundó contrato consensual es la locacion conduccion: por él *se dá*

---

(1) Ll. 2. tit. 11. lib. 3. del Fuero Real y 3. tit. 6. Part. 5. (2) L. 3. tit. 6. P. 5. y 2. tit. 16. lib. 5. Rec. de Cast.

el uso de alguna cosa por cierto tiempo, ó las obras por una cantidad determinada que sirve de paga. (1) Decimos que la locacion es *un contrato consensual*, porque se perfecciona por solo el consentimiento: se añade, que por él solo se concede *el uso*, porque aqui no se trata de transferir el dominio como en la venta, ni que el otro contrayente reciba la cosa en guarda como en el deposito, sino de que el conductor use de la cosa por algun tiempo ó se aproveche de las obras. Finalmente, se dice que debe intervenir *alquiler* ó paga determinada, porque si no es asi no será locacion conduccion, sino comodato ù otro contrato innominado. (2)

(1) L. 1. tit. 8. P. 5. (2) La misma ley en el medio.

Por lo que hace à la division, este contrato se divide, en locacion conduccion de cosa, y se verifica quando se concede el uso de alguna, por cierta merced v. g. una casa un vestido: de obras, quando se hacen algunas mecanicas conviniendose en el estipendio: como quando un sastre cose un vestido por tantos reales en que se convino: ò de obra, quando se promete hacer alguna por cierta merced: v. g. si la republica contrata con un arquitecto que le haga un puente por tantos pesos. Mas en estas especies de locacion se debe observar, que las personas de los que conducen ó alquilan tienen diversos nombres: asi el que toma alquilada una casa, se llama *inquilino*, el que un campo, se llama *colono ó arrendatario*, el que tributos

ó alcabalas *publicano*, y el que obras *redentor*.

A mas de esto nuestras leyes distinguen *arrendamiento*, *flete* y *alquiler*. Arrendamiento se dice la paga que se dá por el uso de una heredad: flete la que se dá al dueño de un navio por transportar algunos bienes en él de un lugar á otro; y alquiler la paga que se dá por el uso de qualquiera otra cosa. (1) Generalmente hablando en este contrato el que dá la paga se llama *conductor*, y el que la recibe *locador*.

Pasemos á los requisitos esenciales de este contrato, que son del todo semejantes á los de la compra y venta. Asi pues, como para ella eran necesarias tres cosas, asaber:

(1) L. 1. ya citada.

consentimiento de las partes, cosa cierta y precio; del mismo modo para la locacion conduccion se requiere consentimiento, cosa ú obras que se presten y alquiler ó merced. Para mayor claridad tratarémos separadamente de cada uno de estos requisitos.

El primero es el consentimiento: por que como hemos dicho este contrato es consensual que recibe su perfecion por solo el mutuo consentimiento: de donde nacen los consectarios siguientes: 1. que nace la obligacion y accion de este contrato al momento que convienen entre sí las partes acerca de la cosa y de la merced ó alquiler: 2. que pueden celebrar este contrato todos aquellos que pueden comprar y vender, por que pueden disponer libremente de

sus cosas. (1) Pero á los caballeros y oficiales de la corte esta prohibido tomar en arendamiento heredades agenas, (2) por que no se aparten del servicio del Rey à que están destinados. Asi mismo los consejeros, oidores, alcaldes de corte, contadores mayores, sus oficiales y los de la Real casa, comendadores, alcaides, regidores, alguaciles, oficiales del consejo y otras personas poderosas, no pueden ser conductores, ni recaudadores de rentas reales ni consejiles de las ciudades en que exercen sus oficios. (3)

Otro requisito esencial para la locacion, es la cosa ú obra que se alquila. Tales son todas las que

---

(1) L. 2. tit. 8. p. 5. (2) Dha. l. 2. (3) Ll. 12. tit. 4. lib. 3. y 4. tit. 5. lib. 7. y 4. 5. 7. y 9. tit. 10. lib. 9. R. de C.

estan en el comercio, sean muebles ó raices, y aun mas las cosas eclesiasticas, y las que pertenecen al patrimonio de la ciudad. 2. Pero las cosas que han de servir de materia á este contrato no deben ser fungibles pues entonces no serà el uso el que se concede solamente, sino tambien el dominio. 3. Pueden darse en locacion toda especie de obras con tal que sean honestas; (1) pero no las liberales ó que se exercitan con el ingenio, por que estas no admiten estimacion, y asi no se dice que alquilan su trabajo los profesores de ciencias ni los abogados.

El tercer requisito esencial de este contrato, es la merced ó alquiler. Mas asi como deciamos tratando de la compra y venta, que el precio

(1) L. 3. tit. 8. P. 5.

de ella debe consistir en dinero contado; del mismo modo el alquiler en la locacion conduccion. Desuerte que conviniendose los contrayentes en que la paga se haga en otra cosa que no sea dinero efectivo, v. g. en frutos ó en ganado, ya no serà locacion, sino contrato innominado, que podrà ser *do ut des, ó do ut facias.* (1) Pero sí lo seria si despues de haberse tratado y concertado la paga que se habia de hacer en dinero, quisiese recibir otra cosa el locador, pues entonces no se variaria la naturaleza del contrato. Del mismo modo, asi como en la compra y venta el precio debe ser verdadero, justo y cierto, asi tambien el alquiler en la locacion conduccion debe ser verdadero, por

(1) L. 1. de este titulo.

que sino degenerará en donacion ó comodato. Debe ser justo, por que sino habrá accion para rescindir el contrato. (1) Finalmente, debe ser cierto, ó por sí ó por relacion á otra cosa: v. g. te alquilo por la paga que Ticio estimare justa. (2) La razon es, por que de otra suerte no convendrian los contrayèntes en una misma cosa.

Para que el importe del aquiler ó paga sea justo, se debe arreglar á las leyes ó costumbre del lugar, y si no la hubiere se deberá hacer una convencion equitativa entre las partes. (3) Y por lo que hace á los jornales de los obreros está dispuesto que se tasen por los conce-

(1) L. 1. tit. 11. lib. 5. Rec. de C. (2) L. 1. tit. 8. P. 5. (3) L. 4. tit. 8. Part. 5.

jos, y que se les paguen cada dia, si ellos los pidieren. (1)

Pasemos ahora á la obligacion que nace de este contrato, lo que tratarémos en varias conclusiones. 1. *El locadór debe dar el uso de la cosa prometida.* 2. *El conductor debe pagar el alquiler ó pension al tiempo señalado, y no habiendolo al fin del año.* (2) 3. *No pagando al plazo tratado puede el locador quitar la cosa al conductor, y para ser satisfecho tiene hipoteca tacita en los bienes que hallare en la cosa ó fundo arrendado.* (3) Mas siendo puntual en pagar no puede ser desposeido de la casa alquilada sino es en quatro casos. 1. Quando al lo-

---

(1) L. 3. y 4. tit. 11. lib. 7. R. de C. (2) L. 4. tit. 8. Part. 5. (3) L. 5. tit. 8. Part. 5.

cador se le cae la casa en que mora y no tiene otra, ó está enemistado en aquella vecindad, ó si casase á alguno de sus hijos ó los hiciere caballeros. 2. Si despues de alquilada apareciere que amenazaba ruina sino se reparaba. Pero en estos dos casos debe el dueño de la casa dar al alquilador otra en que more, ó descontarle del alquiler tanta parte quanta importe el tiempo que deje de habitar en ella. El 3. quando el alquilador usase mal de la casa con perjuicio de la vecindad. 4. Quando huviese sido el contrato para quatro ó cinco años con condicion de dar la paga determinada cada año y pasaren dos sin pagarla. (1) 4. *Ambos contrayentes están obligados à la culpa leve por ser este un contrato que*

---

(1) L. 6. tit. 8. P. 5.

cede en utilidad de los dos. (1) Pero estará obligado à la culpa levisima el que se ofreciese á transportar de un lugar à otro alguna cosa facil de derramarse como vino, azeite, ó de quebrarse como cristales ó marmoles, y asi deberá poner para el transporte todo aquel cuidado y diligencia que pondría un hombre exâctisimo.(2)

5. *Al caso fortuito nunca estará obligado el conductor sino es que lo quiera tomar en sí, ò venga por su culpa.* (3)

Si los frutos se destruyeren ó perdieren por caso fortuito como son lluvias excesivas, grãn sequedad, avenidas de rios, granizo &c. ó por otra causa semejante, nada debe pagar el conductor por el arrendamiento de

(1) L. 7. tit. 8. P. 5. (2) L. 8. del mism. tit. (3) Dha. l. 8.

aquel año; pero si coge algunos frutos, está en su eleccion dar al locador todo su importe, ó sino entregarle los frutos que haya logrado, deducidas las expensas hechas en sus labores. Mas si la perdida viniese por su culpa como si fuese por labrar ó custodiar mal la heredad, ó por espinas ó malas yervas que en ella nacieren, ó porque dió causa á que algun enemigo suyo los quemase por venganza, ó los talase y robase, debe satisfacerlo enteramente y el peligro y daño será de su cuenta y no de la del locador. (1)

A mas del caso dicho deberá el conductor pagar el arrendamiento aunque no se logren los frutos, si de dos años v. g. por los que tomo el fundo, en el uno de ellos cogiese

(1) L. 22. tit. 8. P. 5.

tan abundantemente, que alcanzase para satisfacer las expensas hechas en los dos; lo qual se debe entender quando la abundancia viniese por acaso, y no por industria extraordinaria del conductor.

Si el arrendador ó arrendatario murieren dentro del tiempo que debe durar el contrato, las obligaciones reciprocas pasan á los herederos de entrambos, sino es que fuese locacion conduccion de obras, ó si la cosa arendada fuese el usufruto de una heredad: pues todo lo que es personal espira con la persona. (1)

Resta tratar de las acciones que nacen de este contrato, las quales se llaman como él, *de locacion conduccion.* Una y otra es directa, porque tanto el locador como el conductor se obligan

(1) L. 2. y 3. tit. 8. P. 5.

desde el principio por la misma naturaleza del contrato; él primero á dar el uso de la cosa ó á practicar las obras prometidas, y el segundo á pagar la pension ó alquiler.

APENDIX.

DE LOS CENSOS.

Aunque esta palabra *censo* tiene diversos significados, aqui se toma por *un derecho de percibir cierta pension ò redito anual procedente de la traslacion del dominio de alguna cosa, hecha à favor de aquel que queda obligado à pagar el redito.*

El censo asi definido en general, se divide en enfitéutico, consignativo y reservativo, y de cada uno tratarémos separadamente.

§. I.

DEL CENSO ENFITEUTICO.

Censo enfitéutico ó enfitéusis es:

un contrato consensual por el qual se conviene uno en dar à otro perpetuamente ó para largo tiempo, el dominio util de alguna alhaja raiz por cierta pension anual, que se debe pagar en reconocimiento del dominio directo que queda siempre en el que concede el enfitéusis. (1) Decimos que es *un contrato consensual*, por que por solo el consentimiento está perfecto, y asi aunque se requiere escritura es como una condicion necesaria para la constancia del contrato, y sin la qual no vale por nuestro derecho; pero no porque sea contrato literal. (2) Decimos que es un contrato por qual *se promete entregar el dominio util*, porque no nace el dominio de solo el contrato, sino que el enfi-

(1) L. 28. tit. 8. P. 5. (2) Dha. ley 28. P. 5. tit. 8. P. 5.

téuta se hace señor por la subsiguiente tradicion. Finalmente, se añade en la definicion, que se debe pagar cierta pension en reconocimiento del dominio util: en las quales palabras se debe notar la diferencia que hay entre la locacion conduccion y el enfitéusis. El conductor paga alquiler y el enfitéuta pension. El alquiler debe ser proporcionado á los frutos, y utilidades que produce la cosa: la pension por lo regular es bien corta. (*) El primero se paga por el uso de una cosa agena; y la segunda se

---

(*) El Febrero refiere que en Madrid cada solar que tiene cinquenta pies de frente y ciento de fondo, que multiplicados unos por otros hacen una area plana de cinco mil pies quadrados ó superficiales, se dá á censo enfiteutico por dos ducados y dos gallinas.

dá de una cosa propia y en reconocimiento del dominio superior, ó directo que recide en el que concede el enfitéusis.

Hemos visto que es el enfitéusis: veamos ahora quales son los derechos del enfitéuta. Estos consisten, parte en la facultad de disponer de la cosa y enagenarla, y parte en percibir los frutos y vindicarla. Sea pues el 1.º qne el enfitéuta percibe todos los frutos hasta los extraordinarios como los tesoros, por que es señor de todas las utilidades. 2.º El enfitéuta puede enagenar y vender la cosa, pero con la condicion de que antes de venderla lo avise al señor del fundo. (1) Mas esta noticia no se le dá por que se requiera su consentimiento, sino por que tiene derecho

(1) L. 29. tit. 8. P. 5.

para comprarla primero que otro alguno, y así si no declara su voluntad entre dos meses, puede el enfitéuta venderla á quien quisiere, con tal que sea persona que pague el censo con la misma puntualidad que el primer enfitéuta; pero en ese caso tiene el señor derecho al laudemio, que es la cinqüentena parte del precio por el qual se vende la cosa ó menos, segun se haya pactado en la escritura de otorgamiento del enfitéusis. (1) 3.° Así como el enfitéuta es señor de todas las utilidades y frutos de la cosa, así debe sufrir sus cargas, y pagar los tributos que tenga impuestos. 4.° Finalmente, siendo uno de los efectos del dominio que el señor pueda vindicar la cosa de qualquiera poseedor

(1) Dha. l. 29. tit. 8. P. 5.

se sigue, que el enfitéuta tiene el mismo derecho, y asi puede vindicar el fundo aun del mismo señor del enfitéusis, en cuyo caso se entiende que vindica el dominio util, del señor del dominio directo á quien no pertenece.

Las obligaciones del enfitéuta consisten lo 1.° en pagar el canon ó pension anual en el tiempo y modo pactado. (1) De otra suerte perderá su derecho: con esta diferencia, que si el señor del enfitèusis es Iglesia, monasterio ú orden, bastan dos años para que pueda ser privado de su derecho, y si fuere lego se requiere que en tres años continuos no pague la pension: pero si el enfitéuta ocurre à satisfacerla dentro de diez dias, està obligado el

---

(1) L. 28.

señor del dominio directo á recibirla y no debe ni puede tomarle la alhaja con pretexto de comiso en este caso. 2.° Debe el enfitéuta pagar la pension aunque por esterilidad, fuego, ó por otra causa no perciba frutos de la heredad, al contrario de lo que diximos tratando de la locacion conduccion. La razon de la diferencia consiste, en que el alquiler en la locacion conduccion se paga por el uso de una cosa agena el qual cesando debe tambien cesar el alquiler: mas el canon, ó pension se paga por el enfitéuta en reconocimiento del dominio directo que recide en el señor, el qual debe reconocer, perciba frutos ó no; luego en todo caso debe pagar la pension. De aqui mismo se infiere, que pereciendo todo el fundo por terremoto

ó por inundacion, cesa la obligación de pagar la pension, pues de una cosa que ya no exîste no hay señor ni tampoco dominio que reconocer; (1) pero permanecerá la obligacion, segun nuestro derecho, con solo que quede salva la octava parte del fundo en que consiste el enfitéusis.

Los modos por los quales se acaba este contrato se deducen de su misma naturaleza. El 1.º es la perdida total de la cosa, de que ya hemos hablado. El 2.º es la consolidacion, y asi, sea que el señor directo adquiera el dominio util, sea que el señor de este, adquiera el directo, se acaba el enfitéusis por consolidarse ó unirse en una sola persona ambos dominios. El 3.º por prescripcion, desuerte que si el enfi-

(1) L. 28. al med.

téuta no paga la pension ó canon el tiempo de diez años estando presente el señor y no reconviniendolo, ó veinte estando ausente, adquirió el dominio por prescripcion. El 4.° es la tardanza en pagar el canon ó pension, en cuyo caso pasando el tiempo prefinido por derecho, puede el señor apoderarse de la cosa, segun hemos dicho ya. (1) El 5.° es por enagenacion de la finca sin noticia del señor, por cuyo motivo cae en comiso y el señor directo puede retraerla dentro de los nueve dias siguientes á la celebracion de la venta. (2)

Las acciones que nacen de este

---

(1) Vease la cit. ley 28. tit. 8. P. 5.
(2) L. fin tit. 8. P. 5. y l. 13 tit. 11. lib. 5. R. de C. y á Feb. libreria Cap. 5. §. 1. num. 11.

contrato son dos, y ambas directas, por que uno y otro contrayente queda obligado desde el principio por la naturaleza del contrato; el señor á entregar el fundo, y el enfitéuta à pagar la pension. A mas de esto, como es contrato nominado las acciones tienen su mismo nombre.

§. II.

DEL CENSO RESERVATIVO.

Este censo se verifica *quando uno dá á otro una cosa raiz transfiriendo en él todo el derecho que tiene à ella, esto es, el dominio directo y util, reservandose una pension anual en frutos ó en dinero, que deberá pagar el que recibe la cosa, á quien llaman censatario.*

Entre este censo y el enfitéutico hay varias diferencias. La 1.ª

que por este se transfieren ambos dominios, directo y util, y por el enfitéusis solo el util pasa al enfitéuta, quedando el directo en el concedente. La 2.ª diferencia es, que en el enfitéusis si en dos ó tres años no paga la pension el enfitéuta, cae la cosa en comiso, esto es, vuelve el dominio util al señor directo; mas en el censo reservativo no sucede asi aunque no se pague la pension en muchos años. Pero si al tiempo de constituir el censo se pusiere la condicion de que no pagando el censatario en algunos años caiga la cosa en comiso, valdrá por ser conforme à derecho. (1) La 3.ª diferencia entre el enfitéusis y el censo reservativo es, que en el primero no puede el enfitéuta vender

---

(1) L. 1. tit. 15. lib. 5. Rec. de Cast.

la cosa sin requerir al señor directo, pena de comiso, y à mas de esto está obligado à pagar laudemio del precio de la venta, todo lo qual falta en el censo.

Aunque las tres diferencias ya explicadas aclaran bastante la naturaleza de ambos contratos, sucede algunas veces que se dude si el contrato celebrado es de censo reservativo ó de enfitéusis. En este caso se deberá decidir la qüestion haciendo una diligente observacion de las circunstancias, y atendiendo mas á la naturaleza y substancia del contrato que á las palabras de la escritura, que suelen estar puestas con equivocacion por ignorancia del escribano. Pero si aun atendido todo, quedare la duda en pie, se deberá juzgar el contrato antes de censo reservativo,

que de enfitéusis. La razon es, por que en caso de duda debe ser mejor la condicion del que poseé quando se trata de gravarlo, y no se le debe imponer mas carga que la que conste tener.

La justicia y licitud de este censo reservativo es bien clara: por que como el censatario adquiere el dominio de la cosa sin pagar precio alguno mas que la pension anual á que se obliga, es muy justo que la pague para que se guarde entre ambos la igualdad que requiere la justicia conmutativa.

Puede crearse ó constituirse este censo no solo por convencion, sino tambien por testamento, como si un testador lega á otro una cosa raiz fructifera reservando una pension anual que se pague à sus herederos, ó á

otro que señale. Puede tambien fundarse, ó perpetuo ó redimible, pues no hay razon que impida hacerlo de uno ù otro modo. Pero si se fundare absolutamente, desuerte que se dude de la mente del fundador, antes se deberá juzgar perpetuo, que redimible, asi porque este censo de su naturaleza es perpetuo, como porque el antiguo señor de la cosa reservandose una pension, retiene el derecho á percibirla, el qual como sucede en lugar del dominio que tenía antes, debe ser perpetuo como lo era el mismo dominio.

Finalmente, como este censo se puede fundar redimible segun hemos dicho, se redimirá ó extinguirá pagando el deudor al acreedor la cantidad en que hayan convenido, y si esta no la huviesen pactado antes

se graduará á arbitrio del juez. Mas como esta redencion es una verdadera venta del derecho de percibir la pension anual, se deberá pagar por ella alcabala siempre que se verifique. (1)

§. III.

DEL CENSO CONSIGNATIVO.

Este censo se llama asi, porque se consigna ó funda sobre los bienes del que lo concede, sin perder por esto el dominio asi util como directo que tenia antes en los mismos bienes. Se ha disputado mucho acerca de lo licito ó ilicito de este censo como veremos despues.

Acerca del modo de fundarse, lo regular es que se concede por cierto precio consistente en dinero contado, y entonces es una verda-

---

(1) Feb. libr. cap. 5. §. 3. num. 49.

dera compra y venta, que causa alcabala desde que se celebra. Puede tambien concederse por otros titulos como permutacion, donacion ó en compensacion de algunas obras ó por ultima voluntad, y segun varíe el titulo, variará mas ó menos su naturaleza. Por ahora tratarémos de él como fundado mediante compra y venta, asi porque de esta manera es mas freqüente, como porque explicada su naturaleza bajo de este titulo facilmente se entenderá lo que se debe decir quando la fundacion se haga de otro modo.

Se define pues el censo consignativo, que aprueban tanto las bulas pontificias como nuestras leyes, diciendo que es: *una compra por la qual uno dando cierto precio sobre los bienes raices de otro, adquiere*

derecho de percibir una pension anual ú otro redito semejante, permaneciendo el vendedor del redito señor de todos sus bienes como antes lo era. Se dice que el derecho se compra dando cierto precio, porque el censo no se perfecciona por sola la convencion como las demas compras, sino que requiere precisamente la numeracion ó tradicion, ya sea verdadera ó ficta. (1)

En este censo, como se dice en la definicion, se compra el derecho de percibir un redito ó pension anual, mas no la misma pension, y asi aunque por lo regular este censo se constituya en dinero, no por esto se puede decir que se dá dinero por dinero, y que por consiguiente este

---

(1) En el censo vitalicio la exîge verdadera la l. 8. t. 15. lib. 5. R. de Cast.

contrato no es especie de compra, pues no es la pension lo comprado sino el derecho á percibirla.

Se divide este censo por razon de la cosa que se paga, en pecuniario, cuya pension consiste en dinero, y en fructuario, que consiste en frutos como trigo, vino, azeite &c. Pero este censo consistente la paga en frutos, esta expresamente prohibido por nuestro derecho. (1) Por razon del tiempo en que se hace la solucion, se divide en censo cuya pension se debe pagar cada año ó cada mes, ó de otra suerte. Finalmente, por razon de la duracion se divide en perpetuo y temporal. Estas dos especies se subdividen; el perpetuo en irredimible, que es absolutamente perpetuo, por lo qual se

(1) L. 4. tit. 15. lib. 5. R. de C.

le da este nombre, y en redimible que se hace con pacto de volverse á vender, y se dice censo al quitar, el qual tambien se llama perpetuo, porque no se acaba por tiempo determinado. El temporal se subdivide en uno que dura cierto número de años: v. g. diez, veinte ó treinta, y en otro que se celebra para un numero indeterminado, como es el de toda la vida del que compra, del que vende, ó de otro alguno, y se llama vitalicio.

Otra division traen algunos del censo consignativo, en personal y real: personal llaman à aquel en que se obliga solamente la persona á pagarlo, sin que se funde ni se deba de cosa alguna. Pero esta division es sospechosa, por ser mas cierto que no puede hacerse fundacion

de censo en solo persona y no en cosa, y aunque algunos opinan que el dia de oy están aprobados los tales censos personales por una real cedula (1) expedida á consulta de los cinco gremios mayores de Madrid, no es con bastante fundamento, pues la mente de la real cedula solo es aprobar los contratos por los quales algunas personas principalmente las ineptas para la negociacion daban su dinero à los mercaderes para cierto tiempo en el que negociasen con él, y lo devolviesen con alguna moderada ganancia. (*) Pero estos

(1) Real ced. de 10. de Julio de 1764.

(*) Para mayor claridad insertarémos aqui lo dispositivo de dicha cedula de 10. de Julio del año de 1764. que dice asi." Por los diputados de los cinco gremios mayores de Madrid se representó á S. Magestad que acos-

contratos en realidad no son de censo, sino de una cierta especie de compañia, en la qual los contrayentes dividen el logro que esperan de la negociacion dando una pequeña parte de él al que dió el dinero, y tomando para sí lo restante el mercader; por lo que es evidente la jus-

---

tumbraban recibir en la caxa comun de la diputacion destinada para el giro de sus comercios, algunos caudales de diferentes personas de todas clases, principalmente de viudas, pupilos &c. y otros que destituidos de propia industria lograban por este medio valerse de la de los gremios, obligandose estos á volver el dinero dentro del tiempo que capitulaban, y à satisfacer en el interin el interes de un tres ó dos y medio por ciento: que en esta posesion y buena fè habian estado muchos años asi los gremios como los particulares, con noticia y conocimiento de los tribunales en los casos que ocurrieron de esta naturaleza, hasta que modernamente se introduxo en el publico alguna

ticia de semejante convencion.

En el censo consignativo se deben atender tres cosas que son las principales. La 1.ª es la suerte, ó el precio por el qual se compra, á que llaman *capital*. La 2.ª la pension ó redito que se paga, y la

---

duda sobre la legitimidad y pureza de estos contratos. Con presencia de todo lo ocurrido tuvo á bien su Magestad mandar formar una junta compuesta de ministros autorizados, que por su caracter, y sana doctrina merecian su real satisfaccion, para que exâminasen muy seriamente la natureleza de estos contratos, y los hiciesen exâminar por hombres doctos; y habiendolo executado, conformandose con el dictamen uniforme de tantos hombres de integridad y sana doctrina, por decreto de 4. de Julio de 1764. señalado de su real mano, vino en declarar, para cortar todo motivo de duda, que son legitimos y obligatorios estos contratos, y mandar que como tales sean juzgados en sus tribunales.

3.ª la cosa sobre que se funda. Por lo que hace al precio ó capital, el Papa S. Pio V. por un *motu propio* expedido el año de 1569, mandó expresamente que consista en dinero contado. Mas aunque este no se recibió en España segun una ley de la recopilacion, (1) con todo es mas conforme à nuestras leyes que debe consistir en dinero efectivo, pues de este modo se evitan los fraudes que son freqüentisimos en esta especie de contratos. (2)

Se requiere tambien en el precio que sea justo: esto es que la

(1) L. 10. tit. 15. lib. 5. Rec. de C.
(2) La l. 8. del mism. tit. 15. lib. 5. Rec. de donde se saca arg. para probar que debe ser el precio de todo censo en dinero contado.

pension que se ha de pagar sea correspondiente al capital que se entrega y sirve de precio al censo. Esta proporcion se ha graduado con variedad segun los tiempos, y las circunstancias de los lugares. En España se ha regulado el tres por ciento y en America el cinco, (1) siempre que el censo sea redimible, pues en el perpetuo irredimible, como que es mas gravoso al vendedor, debe ser en el mayor él precio, es decir, debe ser menor la pension, y señalarse con atencion à los tiempos y provincias en que se funde.

Por lo que hace á la pension ó redito que se paga en el censo consignativo redimible, esta debe con-

---

(1) L. 15. y 16. tit. 15. lib. 5. de la Rec. de Cast. y para America la real ced. de 13. de Marzo del año de 1786.

sistir tambien en dinero, (1) y aunque en algunos reynos de España se habian fundado en fraude de la ley citada muchos censos con nombre de perpetuos ó irredimibles, en los quales la pension no consistía en dinero sino en trigo, vino, ú otros frutos, se mandó por otra ley, (2) que todos estos se reputasen redimibles y asi los comprende la citada ley, la que aunque solo habla de los redimibles ó al quitar, parece deberse entender tambien de los irredimibles, porque los fraudes y daños que intenta impedir, son tan freqüentes y aun mas graves en ellos.

Mas aunque esta disposicion es utilisima al publico y tan general que

---

(1) L. 4. del mism. tit. (2) L. 7. del mism. tit. 15.

comprehende aun à los censos fundados antes de su publicacion, con todo se halla permitida por otra ley (1) la costumbre de pagar las pensiones en frutos en los lugares donde la hubiere, lo que ofrece grandes dificultades por la variedad de los precios de los frutos.

Hay varias condiciones ó pactos que están declarados por ilicitos ó usurarios en el censo consignativo, que explicarémos aqui para mayor inteligencia de esta materia. El 1.° es que el censo se constituya, y funde sobre cosa mueble ó se moviente; y asi debe imponerse sobre bienes de su naturaleza fructiferos y permanentes, como son los raices, (2) los quales se han de gravar y obli-

(1) L. 16. tit. 15. lib. 5. Rec. de C.
(2) Ll. 1. y 2. tit. 15. lib. 5. Rec. de C.

gar por especial hipoteca á su responsabilidad, para que el censualista tenga contra quien repetir directamente y sea preferido en ellos á otro acreedor. El 2.° pacto reprobado es, que el censatario deba pagar los reditos anticipados: el qual se prohibe porque es contra la justicia del contrato censual, y para evitar fraudes y sospecha de usura, y asi cumple el censatario con satisfacerlos luego que estén devengados. El 3.° es, que el imponedor se obligue directa ó indirectamente á los casos fortuitos, desuerte que aunque la alhaja peresca deba pagar el censo sin descuento de su principal ni reditos. El qual pacto es contra la naturaleza del contrato censual, y asi si la finca perece total ó parcialmente debe perecer con igual pro-

porcion la renta y extinguirse su capital, y si en parte es infructifera, ir en diminucion; y por ser contrato de compra y venta, luego que se perfecciona pertenece al comprador, que es el censualista, el daño que sobrevenga en la cosa. (1)

Otro pacto que se reprueba en este contrato es, el de que no se pueda enagenar la cosa sobre que se impone el censo, y así no se puede quitar ni restringir al censatario la facultad de vender ni enagenar por contrato entre vivos ó ultima voluntad la cosa siempre que quiera, sin que tenga obligacion de pagar mas pension, sino solamente el mismo redito; pero si serà justo que se ponga la clausula de que no se pueda vender la cosa sin la carga del censo

---

(1) *Motu propr. de S. Pio V. §. 10.*

pues de otra suerte el nuevo comprador no tendría obligacion de pagarlo.

La condicion de retracto por la qual el censatario queda con obligacion de avisar un mes antes al censualista que quiere vender la alhaja, y requerirle si la quiere por el tanto, está permitida; mas no se puede añadir la pena de comiso, porque esta solo tiene lugar en el censo enfitéutico. (1)

Falta ahora tratar de los modos por los quales se extinguen los censos. El 1.º es por destruccion de la cosa, al qual es semejante el 2.º que es por volverse la cosa del todo y perpetuamente infructifera, pues es lo mismo que si del todo se perdiese para el efecto de percibir

(1) §. 6. de la Bula de Pio V.

frutos de ella, pero si la cosa pereciere ó se hiciere infructuosa por dolo ó culpa del censatario, aunque siempre se extingue el censo por defecto de la cosa, con todo puede el señor del censo repetir el precio y los daños ó perjuicios que se le hayan seguido por el descuido, ó dolo del poseedor.

Se extingue tambien el censo por volver la cosa al señor del censo. La razon casi es la misma que en la destruccion de la cosa: porque como el censo sea una carga pegada à la cosa à manera de la servidumbre, y que solo grava á la persona en quanto la poseé: se sigue que se librará luego que suelte la posesion de ella. El 4.° modo de acabarse el censo es por prescripcion de treinta años, esto es, quando el poseedor de

una cosa sujeta á censo la tiene todo ese tiempo con buena fe como libre de toda carga, lo que es conforme á la ley de Recopilacion (1) que pide todo ese tiempo para prescribir, ó extinguir las deudas que no nacen de mera obligacion personal, sino de mixta ó con hipoteca, como es la de censo. Se exîge á mas de esto la buena fe, porque esta en el dia parece necesaria aun en la prescripcion de treinta años.

Esta prescripcion que extingue el censo, comienza á correr desde el tiempo en que del todo se suspendió la paga de los reditos ó pension: esto es, desde que el acreedor de ninguno los recibió; porque aunque el poseedor no los pague, si lo hace

(1) L. 6. tit. 15. lib. 4.

aquel que contrajo con el acreedor, ó otro en su nombre, no se podrá decir ni aun comenzáda la prescripcion. Ahora, si extinguido el censo por prescripcion, se entiendan extinguidas tambien todas las pensiones, no solo del primer año sino de los demas, desde que no se pagó; ó si es necesaria una prescripcion para cada pension, es qüestion de grande dificultad: puede decirse à ella, que por la misma prescripcion por la qual se extinguió el censo, se prescribieron tambien las pensiones. La razon, es, porque el censo es lo principal ó la raiz y origen de toda la obligacion, y las pensiones son una cosa accesoria que del todo son dependientes de él, y es constante que faltando lo principal, falta lo accesorio.

Finalmente, los censos redimibles se acaban por redencion: esto es quando el acreedor vuelve ó paga la suerte, capital ó precio que recibió al tiempo de la fundacion; el qual modo es el mas sensillo y natural, pues lo es el que cada cosa se disuelva del mismo modo que se contrajo. Es libre pues, el deudor de algun censo redimible para volver el precio que recibió al acreedor y de este modo extinguir el censo, no solo entregando la cantidad del todo en una vez, sino tambien por partes, aun quando no quiera el acreedor, segun opinan varios autores; y la razon que tienen es, porque las extravagantes de Martino V. y Calixto III. que son bastante recomendables en esta materia, como que son las primeras disposiciones

que dieron forma á estos contratos, establecen que se pueda hacer la redencion por partes. Mas porque por el nombre de parte de que usan dichas extravagantes se significa la mitad, y la facultad de redimir el censo por partes es contraria à la doctrina comunmente recibida en materia de pagas, en donde se asienta que la paga no se puede hacer por partes contra la voluntad del acreedor, es muy probable, como opinan algunos, que no es licito al deudor de censo redimir parte menor que la mitad del capital.

A mas de esto asientan varios autores, que no solo se puede hacer la redencion del censo por partes, sino que ni aun valdría el pacto de lo contrario, sino es que este gra-

vamen se recompense con dar mayor precio del que tasan las leyes. La razon que tienen es, porque semejante pacto como mas gravoso al acreedor, disminuye el precio dado, lo qual prohiben severamente nuestras leyes: cuya razon, como que es de bastante peso, debe servir para improbar todos aquellos pactos que por ser demasiadamente molestos y gravosos producen el mismo efecto de disminuir el precio, lo que se deberá tener presente en esta materia para que no se haga algun contrato ilicito ó usurario.

Finalmente, se debe advertir que la naturaleza del censo no permite que al acreedor se conceda facultad de obligar al deudor á redimir el censo quando se le antoje pedirselo, pues admitido esto, el censo

degeneraria sin duda alguna en contrato de mutuo, en el qual pasado algun tiempo se puede pedir la cantidad dada para cierto uso, de lo que resultaría que las pensiones que se pagasen serían usurarias, por no provenir de censo sino de mutuo, en el qual está rigorosamente prohibido llevar algo sobre la suerte principal.

TITULO XXVI.

DE LA COMPAÑIA.

El quarto contrato consensual es la compañia. Pero ántes de que veamos su definicion, es menester distinguirla de la comunicacion de cosas que tiene alguna semejanza con ella. Se distinguen pues, en que la compañia es contrato, y la comuni-

cacion de cosas *quasi contrato*, y así para aquella se requiere consentimiento verdadero, y esta puede acaecer aun invítas las partes: v. g. si se dona á Ticio y à mi una casa. Del contrato de compañia nace accion de su mismo nombre, que es meramente personal; mas de la comunicacion de cosas nace la accion llamada *communi dividundo*, que es místa de real y personal. Supuesta esta distincion, veamos ahora la definicion de este contrato.

Es pues, la compañia *un contrato consensual por el qual convienen entre sí los contrayentes en comunicarse sus bienes ó sus obras para utilidad comun.* (1) Decimos que es un *contrato consensual*, porque se perfecciona por solo el consentimiento, sin

---

(1) L. 1. tit. 10. P. 5.

que sea necesaria escritura ni otra cosa, desuerte que habrá compañia luego que dos ó mas personas convengan en juntar su dinero, industria, trabajo, ú otra cosa precio estimable para su comun lucro, aun quando no se haya verificado la tradicion.

La compañia se divide en universal, general y singular. La primera se verifica quando los socios convienen en comunicarse todos sus bienes, tanto los presentes como los futuros por qualquier titulo que sean adquiridos. Tal era la sociedad establecida entre los primeros cristianos que habia hecho comunes todos sus bienes, desuerte que ninguno tenia cosa que fuese suya solamente. (1) General se llama la sociedad, quando

(1) Act. Apost. cap. 4. ℣. 32.

los socios se comunican entre sí todo lo que adquieren por el comercio, mas no lo que les venga de otra parte, ó por beneficio de la fortuna. Tal es la sociedad conyugal. Finalmente, compañia singular es aquella que se reduce à bienes y negocios señalados; (1) y esta es freqüentisima entre los comerciantes.

La compañia se contrahe por el consentimiento de los socios, segun hemos explicado yá. Infierese pues, de aqui lo 1.° que vale la compañia desigual: (2) y asi v. g. si Ticio lleva à la compañia veinte mil pesos, y Sempronio solo diez mil, será tan valida como si cada uno llevase partes iguales. De la misma manera será legitima la compañia

---

(1) L. 3. tit. 10. P. 5. (2) L. 4. tit. 10. Part. 5.

aunque uno solo ponga el capital y el otro su trabajo ó industria solamente. Pero acerca de esto se debe advertir, que las obras à que se obligan el socio ó socios, han de ser licitas y honestas, de otra suerte no valdrá la compañia; (1) y asi si uno de los socios promete emplearse en engañar à los compradores, ó en defraudar los tributos ó alcabalas, aunque logre grandes aumentos de esta manera, no habrá contrato de compañia. (2) Finalmente, no es valida la sociedad llamada leonina, en la qual se pacta que toda la utilidad sea para uno y nada de perdida, ó al contrario; (3) y se le dió este nombre con alusion á la fabula de

---

(1) L. 2. del mism. tit. (2) Arg. de la ley ya citada. (3) L. 4. al fin tit. 10. Part. 5.

Fedro (1) en la qual se cuenta que habiendo hecho compañia un leon con el asno y la zorra, para cazar, se llevó el solo toda la presa.

No obstante lo dicho, si alguno ó algunos de los socios fueren mas hábiles ó estuvieren mas instruidos en el manejo y direccion de aquel negocio en que han de comerciar, ó tuvieren mayor trabajo, ó se expusieren á mayores riesgos, que los consocios, podrán pactar que les toque mas parte en la utilidad, ó que si hubiere perdida no les dañe, el qual pacto en estas circunstancias será válido. (2)

Siguese ver la obligacion que tienen los socios, la qual se reduce à dos capitulos. 1.° Que un socio

(1) Fab. de Fedr. lib. 1. Fab. 5.
(2) L. 4. tit. 10. P. 5.

para con otro, está obligado à prestar cierta diligencia en el cuidado de la cosa comun. 2.º Que la utilidad y el daño, se divida con equidad entre todos los socios. Por lo que hace à la primera obligacion, se debe notar que el socio está obligado á la culpa leve; pero con esta advertencia, que para computar dicha culpa leve, no se considera la diligencia que suele poner un buen padre de familias cuidadoso de sus cosas, sino la que el socio pone en sus propios negocios. (1) La razon es, porque á sí mismo se debe imputar su daño ó perdida el socio que contrajere con un hombre descuidado ó negligente.

Es tanta la union que debe haber entre los socios, que el dere-

(1) L. 7. al fin tit. 10. P. 5.

cho quiere se vean como hermanos, y asi les concede el benefi:io de competencia: esto es, que por razon de deuda no pueda el uno reconvenir al otro, mas que en lo que pueda, quedandole lo preciso para mantenerse. (1) A mas de esto, si alguno de los socios tomase alguna cosa de la compañia sin noticia de los demas, no debe ser reconvenido por razon de hurto, á no ser que huviese pruebas evidentes de ello. (2)

La otra obligacion de los socios consiste en la igual division de la utilidad y del daño. Pero esto no tiene lugar en la sociedad universal, en la qual no se requiere igualdad; y asi si Ticio tiene de caudal cinquenta mil pesos, y Mevio doce mil,

(1) L. 15. tit. 10. P. 5. (2) L. 17.

y aquel necesita de gastar dos mil pesos todos los años para el sustento de su familia, y este tres mil, ninguno se puede quejar de la desigualdad del gasto habiendo contraido compañia universal. Mas en la sociedad singular sin duda alguna se debe guardar igualdad, con estas distinciones. 1.ª Que si al tiempo de celebrar el contrato determinaron la parte de utilidad y de daño que les debe tocar, esto es lo que valdrá, aunque las partes sean desiguales. (1) Mas, si nada se pactó antes, se guardará, proporcion geometrica, esto es; quanto mas de capital puso uno, tanto mas llevará de utilidad y de daño. (2) Esta proporcion la sacan los aritmeticos con

(1) L. 4. tit. 10. Part. 5. (2) L. 3. del dho. tit.

la regla que llaman de compañia: v. g. si Ticio puso 18000. Mevio 9000. y Sempronio 3000. y con toda esta suma ganaron 15000. quanto le tocará à cada uno. ?

Si uno de los socios pone el dinero ó la materia, y otro el trabajo, participará de la ganancia segun el pacto que preceda, el qual deberá dar la ley; pero disuelta la sociedad nada tomará de la suerte principal, porque nada puso de suyo.

Hemos dicho de que modo se contrae la compañia, y las obligaciones de los socios: veamos ahora como se disuelve. Para esto hay muchos modos. 1.º Por muerte aunque sea de uno de los socios, y ya sea natural ó civil. (1) 2.º Otro modo

(1) L. 10. tit. 10. Part. 5.

es el mutuo disentimiento, por ser cosa muy natural que se disuelva un contrato del mismo modo que se celebró. 3.° El tercer modo es la renuncia de alguno de los socios; pero si esta se hizo antes del tiempo convenido, ó antes de fenecerse el negocio para que se formó la compañía, debe satisfacer á los otros los daños y perjuicios ocasionados por este motivo. (1) (*)

Esta renuncia no debe ser dolosa, pues probada tal, se hacen comunes las ganancias desde aquel dia

---

(1) L. 11. tit. 10 P. 5.

(*) Este modo de disolverse, es particular en el mandato y sociedad, en cuyos contratos puede uno apartarse de la obligacion invito el otro. En el mandato es la razon, porque se elige la industria de la persona, y si esta no se encuentra en la elegida, es necesario revocarlo. En la sociedad milita

entre los otros, y las perdidas son particulares al que renunció con engaño. (1) 4.° El quarto modo es por acabarse el negocio à cuyo efecto se contrajo la sociedad, ó el tiempo por que se contrajo. 5.° El quinto es, por hacer cesion de bienes uno de los socios hallandose cargado de deudas. 6.° El sexto por destruccion de la cosa que era objeto de la compañia. (2) Y el ultimo por mala condicion ó genio de uno de los socios, ó por no guardarse los pactos del contrato. (3)

---

otra razon, y es porque este contrato es origen de muchas discordias, y asi las leyes favorecen la libertad de cada socio antes que dar ocasion à pleitos y mayores daños. A que se agrega que de ningun provecho sería á los demas de la compañia el tener un socio contra su voluntad.

(1) L. 12. tit. 10. P. 5. (2) L. 10. tit. 10. P. 5. (3) L. 14.

La accion que nace de este contrato se llama *pro socio*, porque de un contrato nominado qual es la compañia debe nacer accion de su mismo nombre. Es directa por ambas partes, por que segun la naturaleza del contrato, desde el principio queda obligado un compañero al otro, y asi se da esta accion á cada uno, à efecto de conseguir del otro todo aquello à que está obligado por razon de este contrato.

APENDICE.

DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

Esta compañia que es especial en el Reyno de España, se introdujo con atencion à la union intima é indisoluble que proviene del matrimonio. Nace, dura y se extingue con él, sin que tenga lugar en otros,

que entre el marido y muger legitimos.

Dicha compañia establecida por las leyes (1) hace que se comuniquen por mitad entre los dos conyuges, todos los bienes que adquieren ambos durante el matrimonio.(2) Diferenciase esta compañia de las demas, por la causa que la produce, la qual no es la convencion, sino la ley. Fuera de esto, la sociedad conyugal á distincion de las otras, no comprende los bienes adquiridos por los conyuges antes del matrimonio, sino solamente los que ganaren despues, y aun de estos se exceptúan algunos, como verémos despues.

En fuerza de esta sociedad to-

---

(1) Todo el tit. 9. lib. 5. Rec. de C.
(2) Ll. 4. y 5. tit. 9. lib. 5. Rec. de C. y l. 1. y 3. tit. 3. lib. 3. del Fuero R.

dos los bienes que tuvieren y poseyeren marido y muger durante el matrimonio, son y deben reputarse de ambos por mitad, salvo los que cada uno justificare ser suyos separadamente. (1) A mas de esto, todo lo que ganaren ó compraren en dicho tiempo, lo deben haber por mitad, aun quando fuese donacion que el Rey les haya hecho á ambos; pero no si fuese hecha á uno solo. (2) Tiene lugar esta particion de ganancias y utilidades aun en el caso de que el marido tenga mas bienes de patrimonio que la muger, ó esta mas que aquel; pero siempre quedará la propiedad de donde vinieren los frutos, en aquel cuya fuere, ó sus herederos. (3)

---

(1) L. 1. dho. tit. 9. lib. 5. Rec.
(2) L. 2. (3) L. 4.

Asi mismo las mejoras que se encontraren en qualesquiera bienes de marido, ó muger al tiempo de la separacion de su matrimonio, desde el dia que lo contrajeron, asi industriales como naturales, (que son las que el tiempo les hubiere dado) son comunicables entre marido y muger, como bienes gananciales.

Pero hay varios casos en que no se comunican á los casados todos, ó algunos de los bienes que adquieren durante el matrimonio. El 1.° es por divorcio, pues en este caso el que hubiere dado motivo à él, nada participará de las ganancias. (1) El 2.° quando cometen delito de lesa magestad, ú otro por el que segun derecho deben perderlos, ó se apartan de la religion catolica; pero

---

(1) Gomez en la l. 50. de Toro n.° 72.

en estos casos solo el delinqüente perderá su mitad, y se reputan por gananciales todos los aumentados hasta que por el crimen se declaran por perdidos, aunque este sea de tal calidad que *ipso jure* incurra en la pena el que lo comete. (1) Mas si la muger cometiere adulterio, ó se volviere mora ó judia ó de otra secta, no solo perderá los gananciales, sino su dote y arras. (2) Lo mismo se deberá decir en el caso de que contra la voluntad de su marido se vaya á la casa de algun hombre sospechoso, porque se presume adultera. (3)

(1) Ll. 10. y 11. tit. 9. lib. 5. Rec. de Cast. y 6. tit. 26. P. 7. (2) Ll. fin. tit. 2. lib. 3. del Fuero Real. 23. tit. 11. P. 4. 5. tit. 17. y 6. tit. 25. P. 7. y 11. tit. 9. lib. 5. de la R. de C. (3) L. ult. tit. 2. lib. 3. del Fuer. Real y 15. tit. 17. Part. 7.

El 3.° quando uno de los dos adquiere algunos bienes por donacion que separadamente le haya hecho el Rey ú otro alguno, ó por sucesion por testamento ó ab intestato de sus parientes. (1) El 4.° quando son castrenses ó provienen de salario ó estipendio militar; pero si estos los adquirieren, ó sirvieren á expensas de ambos, serán comunes, porque son frutos suyos, y estos de qualquier calidad que sean se comunican entre los casados. (2) El 5.° quando el marido enagena, constante el matrimonio, algunos de los gananciales ó todos, lo que puede hacer sin consentimiento ni licencia de su muger, no siendo castrenses ni quasi castrenses, por no

(1) Ll. 1. y 3. tit. 9. lib. 5. R. de C.
(2) L. 5. de dho. tit.

tener está uso de su dominio, hasta que su marido muere. (1) Mas si por la enagenacion se prueba que la hace con dolo por damnificarla, se la comunicarán, pues tiene accion para repetir su mitad, justificando el dolo con que procedió el marido.

El 6.° quando la muger vive deshonestamente estando viuda, pues por esto pierde los gananciales, debe restituirlos à los herederos de su marido, y viene á ser lo mismo en efecto que si no los huviera adquirido. (2) El 7.° quando la muger renuncia los gananciales antes ó despues de haverse casado. (3) El 8.° quando el marido hace reparos y mejoras en la fortaleza y cercas en

(1) L. 5. tit. 9. lib. 5. Rec. (2) Ll. 5. y 11. tit. 9. lib. 5. Rec. (3) L. 9. del mism. tit.

las ciudades, villas, lugares, casas y heredamientos de su mayorazgo, pues la muger, sus hijos, herederos, y sucesores no tienen derecho à pedir la mitad de ellas, que como gananciales debia tocarles, ni el del mayorazgo está obligado à darles cosa alguna, porque se consolidan con su propiedad. Y el 9.º quando alguno de los conyuges lleva solamente en propiedad al matrimonio una ó mas alhajas fructiferas de que un tercero tiene el usufruto, y por muerte del usufructuario recae este en el dueño de aquella; porque como trae la causa de preterito, proviene de la misma porque se adquirio la propiedad, y se consolida con esta; y asi no tiene estimacion el usufruto adquirido en estos terminos, ni es comunicable al otro

conyuge; pero los frutos que las tales alhajas produjeren, se comunican y deben servir para ayuda á superar las cargas del matrimonio. (1)

Puede tambien pertenecer de algun modo à esta sociedad que hay entre el marido y la muger, lo que disponen varias leyes de la Recopilacion, pues arreglan el manejo de estos socios. Lo 1.º que la muger no pueda sin licencia del marido aceptar ni repudiar herencia que le pertenezca sin beneficio de inventario. (2) 2.º Que tampoco pueda celebrar ningun contrato ni quasi, ni apartarse del ya celebrado sin la dicha licencia, como tampoco presentarse en juicio, teniendose por nulo quanto haga sin este requi-

---

(1) L. 4. y 5. tit. 9. lib. 5. R. (2) L. 1. tit. 3. lib. 5. Rec. de Cast.

sito. (1) 3.° Que pueda el marido dar licencia à su muger para todas las cosas referidas, y que precediendo esta, ó siguiendose por ratihabicion, valga todo lo que hiciere. (2)

TITULO XXVII.

DEL MANDATO.

La ultima especie de contratos consensuales es el mandato, cuya naturaleza, divisiones y propiedades investigarémos en este titulo. Es pues el mandato *un contrato consensual por el qual se obliga uno à tratar, ò administrar gratis un negocio licito y honesto, que se le ha encomendado por otro.* (3) Decimos que es *contrato*, aunque antiguamente no lo

---

(1) L. 2. de dho. tit. (2) L. 3. y 5. tit. 3. lib. 5. Rec. de Cast. (3) L. 20. tit. 12. P. 5. l. 25. tit. 12. P. 5.

era sino solo un mero encargo que no producía una perfecta obligacion que se pudiese deducir en juicio; pero sí era una obligacion imperfecta y hacía contra la honestidad, y contra la ley de la amistad el que no cumplia lo prometido á su amigo. Asi se practicó en los principios como refieren algunos autores. (1) Pero despues aumentandose mas y mas la mala fe entre los hombres, fue necesario dar al mandato la naturaleza de un verdadero contrato, y en su virtud conceder accion que se pudiese deducir en juicio. Es pues, un verdadero contrato consensual que requiere el consentimiento de ambos contrayentes; y asi el que administra los negocios de

(1) Hein. en este tit. y en sus Antig. Rom. citando á otros.

otro ignorante no se dice que cumple un mandato, ni que esto lo hace en virtud de un contrato, pues no hay consentimiento, sino que solamente interviene un quasi contrato, á que llama el derecho *negotiorum gestio*. A mas de esto se dice: *que nos obligamos á administrar un negocio honesto que otro nos encomienda en confianza*: porque sino es de esta suerte, por estar el que obedece bajo la potestad del que manda, no será mandato del que hablamos, sino *precepto* que produce obligacion por otros principios. Si no se manda, sino que solamente se procura persuadir à otro que haga alguna cosa dejandolo en libertad para hacerla ó no, será *consejo*, el qual no produce obligacion. como ni tampoco la *recomendacion*, que se hace en favor

de un tercero, no constando de la intencion de obligarse. Finalmente, se añade que ha de ser *gratis*, por que si el negocio ageno se administra por paga no será mandato, sino locacion ú otro contrato innominado.

Hasta aqui hemos explicado lo que es el mandato: veamos ahora de quantas maneras puede ser. Vno se llama expreso, porque se hace con palabras, ó proferidas con la voca ó escritas, y otro tacito que se colige por hechos que demuestran el consentimiento: v. g. si uno ve que otro administra sus negocios y calla, ô deja que prosiga, es lo mismo que si se lo mandase. Podemos añadir otro tercer miembro este es el mandato *presunto*, que se colige de la union ó parentesco: v. g. si el marido administra los negocios

de su muger, pues aunque no tenga mandato se presume que lo tiene. Pero en estos casos el derecho siempre exîge caucion de que lo hecho se tendrà á bien. Se divide tambien el mandato en general, por el qual se cometen á otro todos los negocios que pueden ocurrir, y especial, quando se comete uno solo. El primero suele darse con libre, franca y general administracion, y con facultad de poder hacer todo lo que el mandante por sí mismo haría ó podría hacer. (1) Puede ser tambien el poder judicial, por el qual se encomiendan negocios judiciales, ó extrajudicial, si se encomendaren negocios domesticos ó extrajudiciales. Se dá tambien mandato puro, à dia cierto y bajo de condicion, lo qual

---

(1) L. 19. tit. 5. P. 3.

es claro por sí mismo.

Ultimamente hay otras divisiones del mandato tomadas del fin que se tiene en él; y asi se divide en mandato que solo cede en utilidad del que manda, ó en utilidad del que manda y del mandatario, ó en utilidad de un tercero solamente, ó del mandante y un tercero, ó del mandatario y un tercero.

El primer modo es el riguroso mandato, y es el que cede en utilidad de solo el mandante: v. g. si Ticio encomienda á Cayo que le siga un pleito en juicio. (1) El 2.º modo, quando el mandato cede en utilidad del que manda, y del mandatario: v. g. si yo mando á alguno que dé mil pesos á usuras á mi, ó á mi mayordomo, para comerciar con

(1) L. 20. tit. 12. P. 5.

ellos: en cuyo caso es manifiesta la utilidad de ambos. (1) El 3.° modo es, quando el mandato solo se dirige á la utilidad de un tercero: como sí yo mandase á uno que se encargue de los negocios de Ticio, ó que salga por su fiador. (2) El 4.° modo se verifica quando el mandato cede en utilidad del que manda y de un tercero: como si yo mando á Cayo que compre una hacienda para Ticio y para mi. (3) El 5.° modo se dará si el mandato cediere en utilidad del mandatario y de un tercero: v. g. si yo mando á Ticio que dé à Cayo que intenta comerciar, alguna cantidad de dinero á usura. (4) Finalmente, suele añadirse otra es-

---

(1) L. 22. al princip. (2) L. 21. (3) Ll 21. dho tit. 12. P. 5. ℣ La tercera (4) L. 22. del mism. tit. ℣ *La quinta.*

pecie de mandato, y es el que solamente se dirige á la utilidad del mandatario; pero este verdaderamente mas es consejo que mandato, el qual de ninguna manera produce accion, sino en el caso de que se dé con dolo: es decir, con la mira ó intencion de perjudicar al que recibe el consejo. (1)

Vistas ya las divisiones de este contrato, pide el orden, que tratémos varias conclusiones que se deducen de su naturaleza y muestran lo que es justo acerca de él: sea pues la I. El mandato solo requiere el consentimiento de ambos contrayentes: y es la razon, porque como hemos dicho es contrato consensual. Pero es necesario añadir dos cosas: la una que regularmente

(1) L. 23. tit. 12. P. 5.

aun la exâctisima, siempre que admita la administracion de un negocio que con menos diligencia no producirá el efecto que desea el mandante. (1)

El mandato acaba de varios modos, que facilmente se coligen de su naturaleza. El 1.° es por mutuo disentimiento pues no hay cosa mas natural que todo se disuelva del modo que se ligó. 2.° Por revocacion del mandato, lo qual puede hacer el mandante sin causa alguna antes de comenzarse el negocio, y aun despues de comenzado; sino es en el caso de que, ó la parte contraria ò el mandatario mismo lo contradiga reputandose infamado por la revocacion; en cuyo caso ó no se deberá revocar, ó deberá alegarse

(1) L. 26. tit. 5. P. 3. y 20. tit. 12. P. 5. y en ella Greg, Lop. glos. 5.

justa causa, quales son las que asigna la ley citada. (1) Mas para evitar pleitos con la manifestacion de las causas, y toda sospecha de injuria, en la practica se hace la revocacion diciendo: *que se revoca el poder dado á fulano dejandolo en su buena opinion y fama, y sin animo de injuriarlo.* Con cuya clausula no puede alegar que se le agravia, ni el mandante tiene necesidad de expresar las causas. (2) 3.º Por renuncia hecha por el mandatario, para la qual se requiere justa causa, aun quando se haga antes de principiar el negocio. (3) 4.º Por muerte del mandante. Mas en los mandatarios ó procuradores establecidos

(1) L. 24. tit. 5. P. 3. (2) Febr. libr. de escrib. cap. 11. §. 1. num. 22. (3) L. 24. tit. 5. P. 3.

para pleitos, está determinado que tanto por muerte del mandatario, como del que manda, se acabe el poder, siempre que la muerte acontesca antes de la contestacion del pleito; pero si el mandatario usa del poder antes que muera el poderdante, y la demanda está contestada no espira su potestad, por lo que puede continuar el pleito hasta el fin, aunque sus herederos no lo ratifiquen, con tal que no constituyan otro apoderado. (1) De donde se infiere, que despues de puesta ó contestada la demanda se le tiene por dueño de la instancia, y con él debe substanciarse hasta que se sentencie. Si el apoderado fallece antes de demandar ó contestar, se acaba el mandato; pero ya contestado deben

(1) L. 23. tit. 5. P. 3.

sus herederos seguir el pleito, en caso de ser idoneos. (1)

Falta explicar las acciones que nacen de este contrato. Estas son dos, directa y contraria, por ser bilateral. La directa se dá al mandante contra el mandatario, que es el que primeramente se obliga, para que cumpla el negocio pactado, y dé cuentas de su administracion. La contraria se da al mandatario contra el que le mandó, como obligado despues, para indennizarse de los gastos que haya tenido en la execucion del mandato.

TITULO XXVIII.

DE LAS OBLIGACIONES QUE NACEN DE QUASI CONTRATO.

Habiendo tratado ya de los con-

(1) Dha. ley 23. en el medio.

tratos verdaderos, siguese ahora tratar de los quasi contratos. Estos son, *unos hechos licitos por los quales quedan obligados aun los ignorantes, en virtud de un consentimiento que el derecho presume, atendida la equidad.* Deben ser *hechos licitos*, porque de los torpes ó ilicitos no nace obligacion de esta naturaleza. Se añade que la obligacion nace en virtud de un consentimiento presunto ó ficto, porque esta es la diferencia que hay entre los contratos verdaderos, y los quasi contratos; que para aquellos se requiere consentimiento verdadero y estos nacen de presunto, ó fingido por el derecho. Mas como las leyes nada fingen sin fundamento, esta ficcion lo tiene en la equidad y utilidad, y asi darémos tres reglas

de las quales se infiere quando el derecho puede fingir que alguno ha consentido.

I.ª *Todo hombre se presume que consiente en aquello que le trae utilidad.* De este fundamento nace la obligacion que el pupilo tiene de indemnizar al tutor de los gastos hechos en la tutela, aun no siendo capáz de consentir por ser infante.

II. *Ninguno se presume que quiere enriquecerse con daño de otro.* De este fundamento nace la obligacion que tiene de restituir aquel á quien se ha pagado algo indebidamente.

III. *El que quiere lo que antecede, no debe dejar de querer lo que es consiguiente.* Por esta regla queda obligado el maestre de un navio á pagarme el daño que se

haya causado á mis cosas, habiendolas recibido para transportarmelas.

Aunque son muchos los quasi contratos, aqui solamente tratarémos de los principales que son seis. 1.° La administracion de negocios agenos. 2.° La tutela. 3.° La herencia 4.° La comunion de cosas. 5.° La aceptacion de la herencia. 6.° La paga indebida.

I. El primer quasi contrato es la administracion de negocios agenos. Mas para que se entienda perfectamente que cosa es, darémos su definicion y la explicarémos consecutivamente. Es pues, *un quasi contrato por el qual uno recibe gratis la administracion de algun negocio extrajudicial de otro, ignorandolo él.* (1) Se dice que es *un quasi con-*

(1) L. 26. tit. 12. P. 5.

trato, porque si interviniese consentimiento verdadero y efectivo de ambas partes, este que de su voluntad manejaba el negocio ageno se llamaría mandatario ó procurador, no *negotiorum gestor*. Se dice que se toma la adminitracion de algun negocio de otro *ignorandolo él*, porque si el otro tiene noticia de lo que se hace y calla permitiendo que prosiga, será *mandato tacito*. Se añade que ha de ser *negocio extrajudicial*, porque si uno se ofrece à responder por otro en juicio se llama *defensor*; y de aqui es que la muger puede hacer este quasi contrato, y no puede pedir en juicio por otro. Finalmente debe ser de *su voluntad y gratis*: de otra suerte será esta administracion un negocio innominado que ni será

locacion ni contrato *do ut des*, pues el ignorante no ha consentido en dar paga.

De este quasi contrato nace una reciproca obligacion entre el administrador y el ausente: ó por decirlo mas bien, tiene sus peculiares obligaciones cada uno de los dos, las que verémos aqui.

Las obligaciones del administrador son tres. La 1.ª es administrar el negocio ageno utilmente, pues en tanto obliga al ausente é ignorante en quanto le promueve su utilidad. (1) De aqui es que si uno hizo gastos en la cosa de otro que solo son para deleite y recreacion, no tendrá accion contra él para indemnizarse. (2) Pero si el *nego-*

---

(1) Ll. 26. y 29. tit. 12. Part. 5.
(2) L. 26. ℣. E por ende tit. 12. P. 5. y l. 29. del mism. tit.

tiorum gestor hizo gastos que parecia que efectivamente promovian la utilidad del otro y despues no resultó ser asi, con todo eso tiene accion para recobrarlos. (1) 2.º El administrador de negocios agenos por lo regular está obligado à prestar la culpa leve: esto es, á poner hasta la diligencia media. (2) Mas algunas veces estará obligado hasta la levisima, como en el caso de que hubiese otro mas diligente que se ofreciese á administrar el negocio. (3) Otras veces solo estará obligado á la culpa lata: como si administrase el negocio de otro que estaba del todo abandonado, de suerte que á no hacerlo él, se hubiera perdido. (4)

---

(1) L. 28. (2) Arg. de la l. 30. tit. 12. Part. 5. (3) L. 34. del mism. tit. (4) L. 30.

Finalmente, puede quedar obligado aun al caso fortuito; y esto sería si el administrador se metiese en un negocio peligroso, de aquellos que no acostumbraba hacer el ausente: como si entablase comercio maritimo y pereciese la nave, ú otro semejante; pues en todo caso la perdida será para solo el *negotiorum gestor.* (1) 3.° El administrador de cosas agenas está obligado á dar cuentas al dueño de lo que haya producido el negocio, deducidas las expensas. (2)

Las obligaciones del ausente son otras tres. 1.ª El administrador de negocios obliga no solo al ignorante, sino aun al que ha de nacer, al furioso, y aun en caso de errar en la persona, como si administrase un negocio de Cayo creyendo que

(1) L. 33. del mism. tit. (2) L. 31

era de su amigo Ticio. (1) La razon es, porque aqui no se requiere verdadero consentimiento, sino que basta para obligar à otro que se haya promovido su utilidad, y nadie duda que esta se puede promover en favor del ignorante, furioso ó del que esta por nacer. 2.º No cesa la obligacion del ausente si la utilidad promovida pereciere por caso fortuito: v. g. si yo reedifiqué, ó reparé la casa de Ticio que amenazaba ruin ,este queda obligado á pagarme los gastos hechos, aunque despues la dicha casa peresca por un incendio. La razon es, porque en los contratos por lo regular no se presta el caso fortuito. 3.º Finalmente, el ausente queda obligado à indemnizar al administrador de los gastos hechos

(1) L. 31. tit. 12. P. 5.

en su utilidad. (1) La razon es la segunda regla ya dada, que ninguno se presume que quiere enriquecerse con daño de otro.

Las acciones que nacen de este quasi contrato son dos: una directa y otra contraria. La primera se dá al ausente contra el que administró sus negocios, para que dé cuentas, resarsa los daños, si los hubiere causado, y para todo lo demas á que hemos dicho está obligado el *negotiorum gestor*. La segunda compete al administrador contra el ausente, para que lo indemnize de las impensas necesarias y utiles. &c.

II. El segundo quasi contrato es la tutela. Esta se puede considerar de diversos modos: respeto de la republica es cargo publico: respeto

---

(1) L. 28. tit. 12. P. 5.

del pupilo que está bajo de ella, es una qualidad de los hombres que no estan bajo de potestad, de los quales unos estan bajo de tutela ó curatela, y otros á nada de esto estan sugetos. Pero si consideramos la obligacion que resulta entre el tutor y el pupilo, verémos que nace de un quasi contrato porque aunque el pupilo no se puede obligar directamente ni consentir en cosa alguna, con todo aqui se presume que consiente segun la regla 1.ª dada arriba: *todo hombre se presume que consiente en lo que le trae utilidad.*

La accion que nace de este quasi contrato se llama accion de tutela, la qual es, ó directa ó contraria. La primera intenta el pupilo y la segunda el tutor: aquel

para que se le den cuentas de la administracion, y para que se le resarsan los daños, si los ha habido: este para que se le indemnize. Estas mismas acciones quando se intentan por el menor contra el curador, ó por el curador contra el menor, se llaman utiles: porque todas aquellas acciones que no nacen de las palabras literalmente tomadas de las leyes, sino de interpretacion sacada de su espiritu, se llaman utiles. Finalmente, estas acciones no se deben confundir con la que se da contra el tutor sospechoso, ni contra el que dió malas cuentas, pues aquellas nacen de quasi contrato y estas de delito.

III. IV. El tercer quasi contrato es la herencia, y el quarto la comunion de cosas. Propiamente hablando, una

y otra son derecho en la cosa: esto es, un derecho hereditario y un dominio comun ó que pertenece à muchos: pero la adminitracion de una hacienda ó de otra cosa comun, es quasi contrato, porque el que administra, se presume que consiente en dar cuentas con exâctitud y en hacer à su tiempo la divicion, (1) siendo constante que quien quiere lo que antecede debe querer lo que es consiguiente. Asi mismo aquel de quien es la herencia ó cosa que se administra, se finge que consiente y se obliga à indemnizar al administrador, porque ninguno debe enriquecerse con detrimento de otro. (2)

V. El quinto quasi contrato es la aceptacion de la herencia. El

(1) Principio del tit. 15. P. 6. y L. 6. del dho. tit. (2) Dha. L. 6. al fin.

heredero pues, por este acto quasi contrahe con los legatarios y fideicomisarios y se presume que se obliga á pagarles sus legados y fideicomisos. (1) Mas à los acreedores del difunto queda obligado en virtud del contrato mismo porque se obligó él, pues representa en todo su misma persona.

La accion que nace de este quasi contrato se dá á los legatarios y fideicomisarios y á todos aquellos á quienes se debe algo por el testamento, contra el heredero que aceptó la herencia, para que les pague qualquiera cosa que les toque en su virtud, con sus frutos y accesiones.

VI. El ultimo, es la paga indebida, la qual es *un quasi contrato por el qual uno que por error de*

(1) L. 3. tit. 9. P. 6.

hecho ha pagado algo que ni aun naturalmente debe, se presume que obliga al otro à la restitucion de lo que por ignorancia recibió. (1) Se dice que es un quasi contrato, porque como ninguno se presume querer enriquecerse con detrimento de otro, el que recibe queda obligado á la restitucion de la misma manera que si hubiere recibido à mutuo.

Mas para que haya lugar á la repeticion de lo pagado indebidamente se requieren tres cosas, que se deducen de la definicion dada: estas son: 1.ª en el que paga ignorancia: 2.ª que lo pagado no se deba; y 3.ª en el que recibe buena fé. Por lo que hace à lo primero hemos dicho que en el que paga se requiere ignorancia; porque si à

---

(1) L. 28. tit. 17. P. 5.

sabiendas paga lo que no debe, se presume que dona. (1) Mas la ignorancia puede ser de derecho ó de hecho: el que paga por ignorancia de derecho no puede repetir en castigo de faltar à la obligacion que todos tienen de saber las leyes; sino es que sea soldado, muger, menor de 25 años ó labrador, que estan excusados. (2) El que pagó por ignorancia de hecho tiene repeticion, porque en esto puede qualquiera padecer engaño. (3)

Se requiere en segundo lugar que la paga sea indebida. Mas una cosa puede ser indebida, ó porque aunque se debe naturalmente no se debe por derecho civil; ó porque aunque se debe por este derecho, no se debe por el natural; ó porque de nin-

(1) L. 30. tit. 14. P. 5. (2) L. 31. tit. 14 P. 5. (3) Arg. de la ley 31. ya cit.

gun modo se debe. En el primer caso no se puede repetir lo pagado, porque el que recibió tiene justo derecho de retencion, (1) lo qual no sucede en los dos posteriores, y por eso se concede repeticion.

Finalmente, en el que recibe ha de haber buena fé; pues si sabe que nada se le debe y con todo recibe, es ladron; aunque por ser esto dificil de probar no se le reconvendrá con la accion de hurto, sino con la de este quasi contrato, que se llama condiccion ó accion para cobrar lo pagado indebidamente.

TITULO XXIX

POR MEDIO DE QUE PERSONAS SE ADQUIERE LA OBLIGACION.

Este titulo es el mismo que el

(1) Arg. de la ley 31. ya cit.

IX. del libro II. pues por las mismas personas por quienes adquirímos las cosas adquirímos las obligaciones; por lo qual se omite tratar de él por no haber otra cosa que añadir.

TITULO XXX.

DE LOS MODOS DE DESATARSE LAS OBLIGACIONES.

Hemos concluido ya la materia de contratos: mas como no solo importa saber como se contraen las obligaciones, sino tambien como se disuelven despues de contraidas; siguese ahora tratar de esto en el ultimo titulo de este libro.

Toda obligacion se quita, ó *ipso iure* ó mediante alguna excepcion. Se dice quitarse una obligacion *ipso iure*, quando el modo de disolverla surte su efecto des-

de el instante en que exîste, sin necesidad de que se oponga excepcion alguna: v. g. en la compensacion. Por el contrario: se quita la obligacíon mediante excepcion, quando no se disuelve hasta el momento en que se opone: v. g. la deuda contraida por un hijo de familia que recibío à mutuo. En este título se trata de los modos de disolverse la obligacion *ipso jure*. Estos son de dos maneras: ó comunes á todos los contratos, ó propíos y peculiares de algunos: v. g. la paga es comun á todos los contratos, y asi de este modo se acaba la obligacion del mutuo, comodato, compra &. Por el contrario: por el mutuo disentimiento solo se desatan los contratos consensuales: la razon es, porque no hay,

cosa mas natural como que todo se disuelva del modo que se unió. Los modos comunes de disolverse los contratos son seis. 1. La solucion ó paga. 2. La compensacion. 3. La confusion. 4. La oblacion y consignacion. 5. La destruccion de la cosa; y el 6. La novacion. (1) Entre los propios no contarémos mas que el mutuo disenso, porque el darse por recibido de la cosa que llamaban los antiguos acceptilacion, puede tener entre nosotros lugar en todos los contratos.

El primer modo de quitarse qualquiera obligacion, es la solucion ó paga la qual es: *una verdadera entrega de aquello que se contiene en la obligacion.* (2) Se re-

(1) L. 2. tit. 14. Partid. 5. (2) L. 1. y 5. tit. 14. Partid. 5.

quiere una verdadera entrega, para que se distinga de la compensacion: porque aunque dice un proloquio de derecho, que *compensar es pagar*, se entiende en quanto al efecto, el qual es el mismo que quando realmente se paga. Pero hablando en rigor la compensacion no es la paga de que aqui hablamos, porque no se presta materialmente lo que en virtud de la obligacion se debe.

Pueden pagar todos aquellos que tienen la libre administracion de sus bienes. De donde se sigue, que el pupilo es incapaz de hacer paga. Mas para el valor de la paga importa poco que uno pague por sí, ó por otro, ya sea ignorante ó invíto, (1) pues siempre se extingue la

(1) L. 3. al fin ℣. E non tan solamente tit. 14. P. 5.

obligacion. Es verdad que el que paga por uno que contradice no tiene accion contra él por la cantidad que paga; pero la tendrá si el acreedor le cede sus derechos. A mas de esto la paga se debe hacer de aquello que precisamente se debe, y no una cosa por otra, si no es que consienta el acreedor. (1) En tercer lugar, se debe pagar toda la deuda de una vez, y ninguno debe ser forzado à recibir paga hecha por partes, por varios inconvenientes que traen estas pagas. Vno de ellos es la facilidad con que se disipa el dinero recibido en porciones menudas. Se debe tambien pagar en el lugar y tiempo qne se trató, y el que paga mas tarde ó de otra suerte de como se convino, queda obligado á pagar

(1) Dha. l. 3. en el princ.

á su acreedor los daños y perjuicios. (1)

Finalmente, el efecto que produce la paga hecha como hemos insinuado es, extinguir al momento toda la obligacion del deudor para con su acreedor, y como cesando la obligacion principal deben tambien cesar las accesorias; se sigue que quedan tambien libres los fiadores, prendas y hipotecas, si las hubiere. (2)

El 2.º modo comun á todas las obligaciones es la compensacion, la qual no es otra cosa, que contrapesarse la obligacion del deudor con la del acreedor. (3) Veamos ahora sus requisitos y sus efectos. Los requisitos son tres. 1. Que una y otra deuda sea eficáz, liquida y pura:

---

(1) L. 3. y 8. del mism. tit. (2) L. 1. tit. 14. P. 5. (3) L. 20. del mism. tit.

porque una deuda eficáz ó innegable, no se puede compensar con otra ineficáz, ó acerca de la qual se pueden oponer excepciones: como tampoco una liquida y determinada con otra iliquida, ni una pura con otra condicional; porque en todos estos casos es incierto si se debe, ó à lo menos quanto se debe. (1) El 2. que una y otra deuda tengan estimacion determinada; por lo qual un genero con otro, no se pueden compensar: v. g. Ticio me debe un libro y yo á él un caballo, en este caso no podrá tener lugar la compensacion. El 3. que uno mismo sea deudor y acreedor; y asi sí mi hermano debe á Ticio cien pesos, y yo le debo á él otros tantos, no podrá haber compensacion, porque no es uno mismo

(1) Dha. l. 20. al fin.

el deudor y el acreedor. (1) El efecto de la compensacion es el mismo que el de la paga: pero si las deudas son de diversa quantidad, la deuda mayor se disminuye todo aquello que importa la menor: v. g. Ticio me debe mil pesos y yo á él seiscientos, en este caso por la compensacion se disminuye la deuda de Ticio à quatrocientos pesos, los quales solamente tendrá que pagarme.

El 3.° modo de quitarse la obligacion es la confusion, por la qual entendémos aquí, el caso en que se junten en una misma persona los derechos de acreedor y de deudor. Que en este supuesto se desata la obligacion, es claro: porque ¿quien podrá ser deudor y acreedor de sí mismo. ¿Este caso se puede figurar en la herencia: v. g. Ticio me debe

(1) L. 21. tit. 14. P. 5.

mil pesos: al tiempo de su muerte me instituye por heredero en su testamento: si yo acepto la herencia, por el mismo hecho me hago acreedor de mi mismo, porque como heredero sucedo en todos los derechos y obligaciones del difunto. Lo mismo puede suceder en la sociedad universal, y tambien se acabará la obligacion.

El 4.º modo por el qual se puede quitar toda obligacion, es la oblacion, y consignacion de la deuda. Este tendrá lugar siempre que el acreedor sea moroso en recibir la cantidad adeudada, ó porque no quiere ó porque no puede: v. g. uno me vendió á mi una casa en diez mil pesos con calidad de reconocerlos á usura mientras no se los pagase: pasado algun tiempo le ofresco

el dinero, y el no lo quiere recibir por continuar percibiendo las usuras: en este caso puedo usar de la oblacion y consignacion. Esta pues es: un modo de quitarse la obligacion por presentar el deudor al juez y depositar, toda la suma que debe á su acreedor, à quien la ha ofrecido en lugar y tiempo conveniente, y no ha querido ó no ha podido recibirsela. (1) Se requiere pues, que se haya ofrecido el dinero al acreedor en tiempo y lugar conveniente y que este no lo haya recibido; y que dicho acreedor sea citado por el juez para que vea depositar y guardar el dinero. El efecto que produce este acto es: 1. que el deudor queda libre de toda obligacion como si hubiese pagado. 2. Que cesan de correr las

(1) L. 8. tit. 14. P. 5.

usuras. 3. Que si por algun caso se pierde el dinero en el dicho deposito, no se pierde para el deudor, sino para el acreedor. (1)

Siguese la destruccion de la cosa, por la qual se acaba toda obligacion indistintamente, proceda del contrato que procediere. Pero es menester hacer distincion en la cosa que se debe, para saber como y quando se quitará la obligacion de este modo. La cosa adeudada puede ser genero, v. g. un caballo: ó especie, v. g. tal caballo: ó quantidad v. g. cien pesos. Si se debe genero ó quantidad, la perdida ó destruccion de la cosa no libra, porque el genero y la quantidad nunca perecen. Pero si se debe una determinada especie, v. g. esta casa, ó tal caballo

(1) L. 8. ya citada al fin.

de la caballeriza, pereciendo dicha especie se extinguió la obligacion. (1) La razon es, porque lo que ya no exîste es imposible entregarlo. Se exceptúa el caso de que la cosa pereciese por dolo ó culpa del deudor, ó si este fuese moroso en entregarla, pues entonces deberá pagar la estimacion de la cosa perdida. (2)

El 6.º y ultimo modo comun de quitarse las obligaciones es la novacion, que no es otra cosa que una transfucion ó traslacion de la primera deuda y obligacion en otra nueva obligacion, civil ó natural sin intervencion de nueva persona, de suerte que la primera queda extinguida, y libres la hipoteca y prendas ligadas á ella, y cesan ó dejan de correr los intereses en ella pacta-

---

(1) L. 9. tit. 14. P. 5. (2) Dha. l. 9.

dos, estando hecha legitimamente. (1)

La novacion es de dos maneras; una que se llama voluntaria y otra necesaria: la primera es la que se hace por voluntad de los contrayentes mediante alguna convencion: v. g. convenímos en que el dinero que tengo en deposito lo tenga á mutuo: aqui ninguno nos precisa á novar, y así esta novacion es voluntaria. La necesaria es la que se hace en juicio por la litis contestacion, la qual se llama *aumentativa ó cumulativa*, porque no extingue la obligacion primera, antes bien la robustece y fortifica mas v. g. debo cien pesos en virtud de mutuo: se presenta el acreedor contra mi para que se los pague: se me manda contestar el pleito: contestandolo yo

(1) L. 15. tit. 14. P. 5.

se hace novacion, y debiendo antes solamente por mutuo, comienzo ya á deber por el qüasi contrato de la litis contestacion; y asi quando se me haya condenado á pagar no se me reconvendrá por el actor con la accion de mutuo, sino con la accion de cosa juzgada. (1)

Para que se entienda haber novacion, es menester que los contrayentes lo expresen claramente; y asi porque uno se obligue de nuevo à pagar la misma cosa en virtud de otra obligacion, no se entiende apartarse del primer contrato, sino afirmarlo mas, añadiendo obligacion á obligacion. En conseqüencia de esto, no se hace propiamente novacion por la intervencion de nueva persona

(1) Vease á Febr. del Juic. Exec. lib. 3. cap. 2. §. 4. num. 220. à 222.

en el contrato, a menos que se pacte expresamente. (*)

Siguense ahora los modos pe-

(*) Esta especie de novacion se llama con delegacion. Comunmente dividen â la novacion en una que se hace sin delegacion y otra con ella. La primera se hace quando permanece el mismo deudor y acreedor, y solo se muda la forma de la obligacion. La segunda es quando se muda la persona del deudor. La novacion sin delegacion se puede verificar de tres modos: 1 mudando la especie de obligacion, v. g. debia antes cien pesos por deposito y ya los debo por mutuo: 2. añadiendo, ó quitando alguna cosa à la primera obligacion v. g antes debia yo cien pesos sin usuras, ahora prometo los mismos con usuras: 3. si nada se muda sino solamente se renova la primera obligacion. La novacion con delegacion se verifica tomando otra persona en sí la obligacion, de suerte que quede enteramente libre el deudor principal, y esta es la que se llama expromision. Veanse algunos casos de novaciones menos propias que trae Febrero en el lugar ya citado numero 223.

culiares de disolverse algunos contratos. Entre estos ponian los antiguos la acceptilacion, y el mutuo disenso. Por acceptilacion entendian el darse uno por recibido de lo que se le debe y perdonarlo al deudor, el qual se puede tener en el dia por modo de disolverse qualquiera obligacion, no solo las verbales como querian los romanos: desuerte que entre nosotros no habrá mas modo peculiar de quitarse algunas obligaciones que el mutuo disenso.

Este no es otra cosa, que una convencion contraria á la primera, que todavia no se havia cumplido por ninguna de las dos partes: v. g. habia yo convenido con Ticio en que le compraría tal cosa en dos mil pesos, y despues nos apartamos uno y otro del contrato celebrado, este será

mutuo disentimiento. Todo esto es claro, y no hay mas que advertir sino que de este modo se desatan los contratos consensuales antes de cumplirse por ninguna de las dos partes, pues aunque pueden apartarse aun en el caso de haberse entregado la cosa y el precio, esto mas ēs hacer un nuevo contrato que disolver el primero.

